

**Verstößt der Austausch von Informationen
gegen das Empfehlungsverbot
des § 38 Abs. 2 Satz 2 GWB?**

Dissertation

vorgelegt

**der Rechts- und Wirtschaftswissen-
schaftlichen Fakultät der Johannes
Gutenberg - Universität in Mainz**

von

Rechtsanwalt

H. Jochen Krieger

Düsseldorf

1963



Digitized by the Internet Archive
in 2026



**Verstößt der Austausch von Informationen
gegen das Empfehlungsverbot
des § 38 Abs. 2 Satz 2 GWB?**

Dissertation

vorgelegt

**der Rechts- und Wirtschaftswissen-
schaftlichen Fakultät der Johannes
Gutenberg - Universität in Mainz**

von

Rechtsanwalt

H. Jochen Krieger

Düsseldorf

1. Berichterstatter: Prof. Dr. jur. Horst Bartholomeyczik

2. Berichterstatter: Prof. Dr. jur. Klemens Pleyer

Tag der mündlichen Prüfung: 26. Juli 1963

Druck und Einband:

Rudolf Stehle GmbH & Co, KG

Düsseldorf, Klosterstr. 114

Fernsprecher 35 03 72

Inhaltsverzeichnis

	Seite
<u>Einleitung</u>	1
<u>Erster Teil</u>	3
<u>Wirtschaftliche Beurteilung</u>	3
<u>A. Der Gegenstand der Untersuchung</u>	3
I. Allgemeines	3
II. Die Formen der Informationsvermittlung	6
1. Statistische Verfahren	7
a) Die Marktstatistik	7
b) Die Marktanalyse	8
c) Die Umsatzstatistik betreffend einzelne Abnehmer	8
2. Nichtstatistische Verfahren	9
a) Die allgemeine Information	9
b) Die Einzelinformation	10
c) Sonstiges	11
<u>B. Die technische Durchführung</u>	12
I. Die Zentralstelle	12
II. Die Tätigkeit der Zentralstelle	14
1. Statistischer Dienst	14
2. Informationsverfahren	16
a) Allgemeine Informationen	16
b) Einzelinformationen	16
aa) Dokumentation	16
bb) Information	18
3. Kontrollaufgaben	18
a) Überwachung der Richtigkeit der Meldungen	18
b) Überwachung der Rechtmäßigkeit der Handhabung	19

<u>C. Informationsbedürfnis und Umfang der Offenlegung</u>	20
I. Statistische Informationen	20
1. Die Marktstatistik	20
2. Die Marktanalyse	29
3. Die Ermittlung der Einzelumsätze	30
II. Informationsbedürfnis und nichtstatistische Informationen	32
1. Allgemeines	32
2. Informationsbedürfnis und automatische Weitergabe der Informationen	34
3. Informationsbedürfnis und Identifizierung der Beteiligten	34
a) Identifizierung der Abnehmer	35
b) Die Identifizierung der meldenden Firma	37
4. Informationsbedürfnis für zukünftige Marktdaten	41
<u>D. Die Beeinflussung des Marktes</u>	42
I. Einleitung	42
1. Preissteigerung ?	44
2. Einheitliche und konstante Preise ?	47
a) Einheitliche Preise ?	47
b) Konstante Preise ?	50
3. Schutz vor Fehlentscheidungen	54
4. Wettbewerbsförderung ?	59
5. Oligopolisierung des Marktes ?	64
6. Beschränkung des Wettbewerbs im Nichtoligopol ?	65
7. Kontrolle von Preisabsprachen	67
8. Kontrolle der Branchen durch die Kartellbehörden	70
II. Die Folgen besonderer Ausgestaltungen	71
1. Publizität	71
2. Laufende und zukünftige Preise	73
a) Klärung der Begriffe	74
b) Folgen der Meldung von Preisen zukünftiger Geschäfte	75
3. Identifizierung der Beteiligten	77

	Seite
III. Zusammenfassung	78
IV. Marktinformationen auf oligopolistischen Märkten	79
1. Die These von Ingo Schmidt	79
2. Informationsaustausch im homogenen Oligopol bei friedlichem und rationalem Verhalten	82
a) Kein Ausschluß des Preiswettbewerbs	82
b) Ausschluß des Rabattwettbewerbs ?	83
c) Ausschluß des Qualitäts-, Konditionen- und Service- Wettbewerbs ?	93
3. Marktinformation im heterogenen Oligopol bei friedlichem und rationalem Verhalten	99
4. Voraussetzung für eine mögliche Beschränkung des Wettbewerbs	101
a) Angebots-Oligopol gegen Nachfrage-Polypol	102
b) Volle Information der Nachfrage	105
c) Reaktion der Nachfrage	106
d) Befürchtung einer Kampfreaktion der Wettbewerber	108
e) Immer Wettbewerbsverzicht ?	108
6. Zusammenfassung	109
 Z w e i t e r T e i l =====	 110
<u>Rechtliche Beurteilung</u>	110
A. Das Recht der Informationsaustauschverträge in anderen Staaten	110
I. Die rechtliche Beurteilung in den USA	110
1. Geschichtliche Entwicklung in den USA	111
2. Die Beurteilung durch Gerichte und Verwaltung	116
a) American Column and Lumber Co.v.U.S.	117
b) United States v.American Linseed Oil & Co.	122
c) Maple Flooring Manufactures Association v.U.S.	124
d) Cement Manufactures Protective Association v.U.S.	127
e) Sugar Institute v.U.S.	129
f) Tag Manufactures Institute v.Federal Trade Commission	131

3. Kein Verbot ohne Conspiracy	132
4. Kein per se - Verbot bestimmter Ausgestaltungsformen	137
II. Die rechtliche Beurteilung in Großbritannien	145
III. Der Stand der Diskussion in Deutschland	149
a) § 1 GWB	149
b) § 38 Abs.2 Satz 2 GWB	150
1. Der Gesetzgeber	150
2. Die Kartellbehörden	153
3. Literatur und Rechtsprechung	161
a) Gleichförmiges Verhalten	161
b) Allgemeine Publizität	162
c) Meldung der Preise zukünftiger Geschäfte	165
d) Identifizierung der Beteiligten	169
e) Automatische Einzelinformationen	170
4. Marktinformation im Oligopol	171
a) Die Auffassung von Ingo Schmidt	171
b) Die Auffassung von Walter Pickel	173
c) Die Auffassung von Dr. Kurt Markert	176
d) Die Gegenstimmen	178
5. Informationsaustausch und Wettbewerbsbeschränkung	179
B. Die rechtlichen Grundlagen der Überprüfung	
I. § 1 GWB	181
II. § 38 Abs.2 Satz 2 GWB	183
1. Gleichförmiges Verhalten	187
2. Die Umgehung	193
a) Die Schutzgüter des GWB	197
aa) Institutionsschutz	197
bb) Individualschutz	198
cc) Institutions- und Individualschutz	199
b) Das Verhältnis des Informationsaustausches zu den genannten Schutzgütern	199
aa) Das Verhältnis zum Wettbewerb	200
bb) Informationsaustausch und Freiheitschutz	208
aaa) der Teilnehmer	208
bbb) Schutz der Teilnehmer und der Nichtbeteiligten	210

c) Der kollektivierte Wettbewerbsverzicht als Umgehungstatbestand	211
3. Die Empfehlung	216
a) als Ausdruck der Erwartung	217
b) als Akt der Willensbeeinflussung	218
c) als Akt der faktischen Wettbewerbs- beschränkung	218
d) Die Auffassung des BGH	219
e) Abgrenzung der Empfehlung von der Information	223

D r i t t e r T e i l

=====

Ergebnis	229
1. Marktstatistik, Marktanalyse und Umsatz- meldestelle	229
a) Die unrichtige Statistik	230
b) Fehlende Publizität	233
2. Preislisten austausch und Einzelinformatior.	236
a) Geltende und vergangene Preise	236
b) Die falsche Information	237
c) Zukünftige Geschäfte	239
d) Identifizierung der Beteiligten	242
e) Automatische Information	243
3. Informationen im Oligopol	244
4. Zusammenfassung	245

Anhang

Statistische Übersicht, Tabellen I bis V
Lebenslauf

Literaturverzeichnis

I. Kommentare

- | | |
|----------------------------------|---|
| Baumbach-Hefermehl | Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht,
8. Aufl., München und Berlin 1960 |
| Frankfurter Kommentar
zum GWB | Kommentar zum GWB von Heinz KAUFMANN,
Hans-Günter RAUTMANN und anderen,
Köln 1958 |
| Gemeinschaftskommentar | Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
und Europäisches Kartellrecht,
1. Aufl., Köln 1958, neugestaltete 2.
Auflage, Köln 1963 |
| Hein-Eichhoff-Pukall-
Krien | Güterkraftverkehrsgesetz, Loseblatt,
Kommentar 53
Stand Dezember 1961 |
| Hübschmann-Hepp-
Spitaler | Kommentar zur Reichsabgabenordnung und
den Nebengesetzen, 1. bis 4. Aufl. |
| Langen | Kommentar zum Kartellgesetz,
3. Aufl., Neuwied 1958 |
| Müller-Gries | Kommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbs-
beschränkungen,
Frankfurt 1958 |
| Rasch | Wettbewerbsbeschränkungen, Kartell-
und Monopolrecht,
2. Aufl., Herne 1958 |
| Staudinger | Kommentar zum BGB mit Einführungsgesetz
und Nebengesetzen, I. Band, Allgemeiner
Teil, 11. neubearbeitete Auflage,
Berlin 1957 |
| Trade Regulation
Reporter | Herausgegeben vom Commerce Clearing
House Inc., New York, Chicago,
Washington 1961,
zitierweise CCH-Reporter |

II. Monographien, Aufsätze und Untersuchungsberichte

- Ballerstedt, Kurt Kartellverbot und Einzelvertrag,
JZ 1956, S. 267 ff.
- Behrens, Friedrich-
Stephan Das Open-Price System, Systematik und
rechtliche Bruteilung nach dem GWB in
WRP 1958, S. 105 ff.
- derselbe Zur Zulässigkeit des Open-Price-Systems
nach dem GWB in WRP 1960, S. 57 ff.
- derselbe Marktinformation und Wettbewerb,
Köln, Berlin, Bonn, München 1963
- derselbe Die überforderte Markttransparenz in
WRP 1962, S. 27 ff.
- Benisch, Werner Anmerkung zum Kohlenplatzhandelsbe-
schluß des BGH vom 14.1.1960 in
WUW/BGH 373 ff.
- derselbe Kooperationsfibel des Bundesministers
der Wirtschaft, Zwischenbetriebliche
Zusammenarbeit im Rahmen des Gesetzes
gegen Wettbewerbsbeschränkungen mit
Erläuterungen und Vertragsbeispielen,
herausgegeben vom Bundesverband der
Deutschen Industrie Abteilung Wettbe-
werbsordnung, Bergisch-Gladbach 1964
- derselbe Beschränkungen des Nachfragewettbewerbs
in WUW 1960, S. 842 ff.
- derselbe Kartellrecht und Schutz der individuel-
len Freiheit in WUW 1961, S. 764 ff.
- derselbe Preismitteilungen an Wiederverkäufer
DB 1960, S. 1175 ff.
- Biedenkopf-Callmann-
Deringer Aktuelle Grundsatzfragen des Kartell-
rechts, Heidelberg 1957
- Biedenkopf Vertragliche Wettbewerbsbeschränkung
und Wirtschaftsverfassung
- Böhm, Franz Wettbewerb und Monopolkampf,
Berlin 1933
- Borchardt-Fikentscher Wettbewerb, Wettbewerbsbeschränkung,
Marktbeherrschung, Stuttgart 1957
- Brinkmann, Volker Markttransparenz und Wettbewerbsrecht,
Dissertation, Göttingen 1963
- Brockhaus, der Große Handbuch des Wissens in 20 Bänden,
15. Aufl., Leipzig 1935

Brugger, Gustav	Zur Auslegung des § 1 GWB in WUV 1959, S. 467 ff.
Brugger, W.	Philosophisches Wörterbuch, 3. Aufl., Freiburg 1950
Bundeskartellamt	Tätigkeitsbericht für das Jahr 1958, 3. Wahlperiode, Bundestagsdrucksache 1000 1959, 3. Wahlperiode, Bundestagsdrucksache 1795 1960, 3. Wahlperiode, Bundestagsdrucksache 2734 1961, 4. Wahlperiode, Bundestagsdrucksache 378 1962, 4. Wahlperiode, Bundestagsdrucksache 1220
Bundesregierung	Begründung zum Gesetz gegen Wettbewerbs- beschränkungen, Deutscher Bundestag, 2. Wahlperiode, Drucksache 1158
Burns, Arthur-Robert	The Decline of Competition. A Study of the Evolution of the American In- dustry, New York and London 1936
Bussmann, Kurt	Allgemeine Spediteurbedingungen (ADSp), Handelsbrauch und Kartellrecht, WUV 1955, S. 275 ff.
Chamberlin, Edward	The Theory of Monopolistic Competition, Cambridge 1950
Cassady	Price Making and Price Behaviour in the Petroleum-Industry, Yale 1954
Clark, J.M.	Toward a Concept of workable compe- tition 30 American Economic Review, June 1940, S. 241 ff.
Deringer, Arved, Tessin, Claus	Die Grenzen der Zulässigkeit von Preis- meldestellen in DB 1963, S.19 ff.
Eddy, Arthur Jerome	The new Competition, Chicago 1912
Engelmann, Fritz	der Kampf gegen die Monopole in den USA, Berlin und Tübingen 1951
Eucken, Walter	Die Grundlagen der Nationalökonomie, 7. Aufl., Berlin, Göttingen, Heidel- berg 1959
Ehle, Dietrich	Empfehlungsverbot und Meinungsfreiheit in WRP 1964, S. 6 ff.
Federal Trade Commission	Open-Price-Association 70th.Congress 2nd. Session document No. 226 Washington 1929

- Fikentscher, Wolfgang Wettbewerb und gewerblicher Rechts-
schutz, München und Berlin 1958
- derselbe Die vertikale Preisempfehlung,
München und Berlin 1960
- derselbe Neuere Entwicklungen der Theorie zum
Tatbestandsmerkmal der Wettbewerbs-
beschränkung, § 1 GWB in WUW 1961,
S. 790 ff.
- Flume, Werner Verbotene Preisabsprache und Einzel-
vertrag, WUW 1956, S. 457 ff.
- Forsthoff Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 8.Aufl.,
München und Berlin 1961
- Gabriel, Siegfried Aufeinander abgestimmte Verhaltens-
weisen unter wettbewerbspolitischen
Aspekt in WUW 1961, S. 802 ff.
- derselbe Preise und Wettbewerb in MA 1964,
S. 627 ff.
- Giefers, Hans Werner Vertikale Preisempfehlung und Preis-
bindungen im Wettbewerbsrecht, Köln
und Berlin 1960
- Gleichmann, Karl Zur kartellrechtlichen Beurteilung von
Nichtdiskriminierungsverträgen
in WRP 1959, S. 165 ff.
- Gleiß, A. Wettbewerbsbeschränkende Empfehlungen
in der Kredit- und Versicherungswirt-
schaft in BB 1958, S. 431
- derselbe Allgemeine Geschäftsbedingungen und
Dekartellierungsrecht, WUW 1951,
S. 111 ff.
- derselbe Das Weißbuch der englischen Regierung
über Monopole, Zusammenschlüsse und
Wettbewerbsbeschränkungen in WRP 1964,
S. 344 ff.
- Gnam, Arnulf Die "unverbindliche" Preisempfehlung
im Dekartellierungsrecht in NJW 1952,
S. 133 ff.
- Griesbach, Bernhard Denaturierte Markttransparenz in
DB 1961, S. 1621 ff.
- Günther, Eberhard Wettbewerbsfreiheit und Unternehmertum
in WUW 1958, S. 379 ff.
- derselbe Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschrän-
kungen im Rahmen der deutschen Wirt-
schaftspolitik in WUW 1960, S. 747 ff.

- Heath, John Some economic consequences, in The Economic Journal, the quarterly Journal of the Royal Economic Society 1960, Vol LXX, S. 474 ff.
- derselbe Not enough Competition ? Published for the Institute of Economic Affairs by Barrie and Rockliff, 1961
- Hengstenberg Verstoßen Bruttopreislsten gegen das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, in WUW 1958, S. 439 ff.
- Hirsch, Wolfgang Die Normen des Seins. Versuch einer universalen Methode der Philosophie, Amsterdam
- Hoth, Jürgen Inhalt, Sinn und Zweck des § 38 Abs. 2, Satz 2 GWB in WRP 1958, S. 289 ff.
- derselbe Ist § 38 Abs.2 Satz 2 GWB verfassungswidrig? in WRP 1959, S. 198 ff.
- Huber, Ernst Rudolf Das Empfehlungsverbot, Stuttgart 1959
- Hübner Anmerkung zum Beschluß des BGH vom 14.1.1960 in LM § 38 GWB Nr. 4, Bl. 135 R
- Kade, Gerhard Unternehmerentscheidung bei vollkommener und unvollkommener Information, Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik, Band 173, Heft 1, 1961, S. 65 ff.
- Kartellreferenten Arbeitstagung vom 5. und 6. Juni 1957 in WUW 1957, S. 567
- Kemker, Harry Die statistische Tätigkeit von Wirtschaftsverbänden und das Antitrust-Recht in der Übersetzung von Walter Pickel, Heidelberg 1963
- Köhler, Karl-Heinz v. Welche Stellung hat der Wettbewerb in unserer Rechtsordnung ? in NJW 1964, S. 571 ff.
- Knöpfle, Robert Zum Wettbewerb im Sinne des § 1 GWB in WUW 1962, S. 159 ff.
- Königs, Folkmar Wechselwirkungen zwischen dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und dem Recht des unlauteren Wettbewerbs in NJW 1961, S. 1041 ff.
- Krahe, Friedrich Markttransparenz und Betriebserfolg in WUW 1959, S. 179 ff.
- derselbe Kartellbegriff und Rechtssicherheit in WUW 1959, S. 615 ff.

- Krahe, Friedrich Empfehlungsverbot und Markttransparenz
in WUW 1960, S. 477 ff.
- derselbe Preismeldesystem in Recht und Praxis
in WUW 1961, S. 464 ff.
- derselbe Marktinformation in Theorie und Praxis
in BB 1963, S. 922 ff.
- derselbe Legalisierung der Marktinformation
in DB 1964, S. 362 ff.
- Krelle, Wilhelm Preistheorie, Tübingen und Zürich 1961
- Krieger, H.Jochen Das Recht der Informationsaustauschver-
träge in den USA und in Deutschland
in WUW 1963, S. 457 ff.
- derselbe Die Ermittlungsmöglichkeiten der Kar-
tellbehörden in Recht und Praxis in
WUW 1962, S. 104 ff.
- derselbe Preisaustauschverträge kein Karteller-
satz in DB 1964, S. 361 ff.
- Kronstein, Heinrich Die Politik des Wettbewerbs in den Ver-
einigten Staaten von Amerika in ORDO,
Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft
und Gesellschaft, Band 3, S. 75 ff.
- Krusche, Dieter Marktverhalten und Wettbewerb. Eine
Untersuchung zum Gesetz gegen Wettbe-
werbsbeschränkungen, Berlin 1961
- Kummer Anwendungsbereich und Schutzzeit der
privatrechtlichen Rechtsätze gegen
unlauteren und wettbewerbsbeschränkenden
Wettbewerb, Bern 1960
- Lieberknecht, Otfried Darf ein Zusammenschluß von Verbänden
Geschäftsbedingungen empfehlen ?
MA 1958, S. 231 ff.
- Lukes, Rudolf Der Kartellvertrag, das Kartell als
Vertrag mit Aussenwirkungen,
München und Berlin 1959
- Machlup The Political Economy of Monopoly,
Baltimore, 1952
- Mercetus, Karl Die Zulässigkeit der Ankündigung von
Verbraucherpreisen durch die Herstel-
ler, WRP 1958, S. 228 ff.
- Markert, Kurt Preismeldeverträge und Oligopol in
BB 1964, S. 62 ff.
- derselbe Kartellrechtliche Beurteilung von Preis-
meldeverträgen in DB 1963, S. 1455 ff.
- derselbe Nochmals: Informationsverträge in Groß-
britannien in WRP 1964, S. 152 ff.
- Maul, Heiner Das Open-Price-System und § 1 GWB,
Dissertation Mainz 1964

- Mayer-Wegelin, Heinz Die Empfehlung im Sinne des § 38 Abs.2
GWB in DB 1958, S. 187 ff.
- Menze, Hubert Open-Price-System und das Gesetz gegen
Wettbewerbsbeschränkungen in
WUW 1958, S. 98 ff.
- derselbe Markttransparenz in Theorie und Wett-
bewerbsrecht in WUW 1963, S. 570 ff.
- derselbe Zur Diskussion der Markttransparenz
in DB 1962, S. 341 ff.
- derselbe Die Integrität der Marktinformation
in WRP 1964, S. 190 ff.
- derselbe Möglichkeiten unternehmerischer Zusam-
menarbeit ohne wettbewerbsbeschränkende
Bindung, Berlin 1960
- Mestmäcker, Ernst-
Joachim Verbandsstatistiken als Mittel zur
Beschränkung und Förderung des Wettbe-
werbs in den Vereinigten Staaten und
in Deutschland, Dissertation,
Frankfurt 1952
- Metzinger, Fritz Zur Diskussion der Preisaustauschver-
träge in WRP 1963, S. 381 ff.
- derselbe Informationsverträge in Großbritannien
in WRP 1964, S. 37 ff.
- derselbe Preisaustauschverträge und Preisbil-
dung in BB 1963, S. 1201 ff.
- derselbe Neue Stimmen zu den englischen Informa-
tionsvereinbarungen in WRP 1964,
S. 72 ff.
- derselbe Informationsverträge in Großbritannien
und kein Ende in WRP 1964, S. 232 ff.
- derselbe Preisaustauschverträge auf Oligopol-
märkten in DB 1964, S. 832 ff.
- Nawroth, Egon Edgar Die Sozial- und Wirtschaftsphilosophie
des Neoliberalismus, Heidelberg 1961
- Neale, A.D. The Antitrust Laws of the United States
of America, Cambridge 1962
- Neumeyer, Monopolkontrolle in den USA,
Berlin 1953
- Oppenheim, S.
Chesterfield Federal Antitrust Laws, Cases and
Comments, 2nd ED., Paul, Minnesota 1959
- Phlips, Louis Markttransparenz in Theorie und Wirk-
lichkeit in WUW 1964, S. 205 ff.
- Pickel, Walter Neuere amerikanische Verwaltungspraxis
zu Preismeldestellen und anderem Infor-
mationsaustausch zwischen Wettbewerbern
in WUW 1963, S. 28 ff.

- Pickel, Walter Preismeldestellen und Kartellverbot
in BB 1963, S. 699 ff.
- derselbe Die Bedeutung der Diskussion der ame-
rikanischen Rechtspraxis zu den Preis-
meldestellen für die Auslegung und
Anwendung des GWB in WRP 1964, S. 1 ff.
- Pinder, Wolfgang Kritik und Vorschlag zum kartellgesetz-
lichen Empfehlungsverbot in
DB 1957, S. 597 ff.
- Protokoll des Wirt- Über die 104. Sitzung vom 21. März 1956,
schaftspolitischen 2. Wahlperiode, Drucksache 104
Ausschusses Über die 106. Sitzung vom 23. März 1956,
 2. Wahlperiode, Drucksache 106
 Über die 168a Sitzung vom 8. März 1957,
 2. Wahlperiode, Drucksache 168a
 Über die 169. Sitzung vom 9. März 1957,
 2. Wahlperiode, Drucksache 169
- Registrar of Restrictive 1) Report for the Period 1st January
Trading Agreements 1960 to 30th June 1961, Cmmd 1603,
 HNSO, London 1962
 2) Report for the Period 1st July 1961
 to 30th June 1963, Cmmd 2246, HNSO,
 London 1964
- Reisser, Lothar Zum Begriff des Preiswettbewerbs,
Dissertation Kiel 1959
- Richter, Rudolf Preistheorie in "Die Wirtschaftswissen-
schaften" herausgegeben von Prof. Dr.
Gutenberg, Lieferung 50 und 51,
Wiesbaden 1963
- derselbe Das Konkurrenzproblem im Oligopol,
Berlin 1954
- Rinck, Gerd Die Markttransparenz, ein Rechtferti-
gungsgrund für vergleichende Werbung
und Preismeldesysteme in
BB 1962, S. 105 ff.
- Schmidt, Heinrich Philosophisches Wörterbuch, 9. Aufl.,
Leipzig 1934
- Schmidt, Ingo Markttransparenz als Voraussetzung für
Wettbewerbsbeschränkungen in
WUW 1963, S. 97 ff.
- derselbe Zum Begriff des Preiswettbewerbs nach
§ 16 GWB in WUW 1964, S. 120 ff.
- Schmölders, G. Volkswirtschaftslehre und Psychologie
1962
- Schneider, Erich Einführung in die Wirtschaftstheorie,
Band 2, Tübingen 1961

- Schopenhauer, Arthur Sämtliche Werke, genaue Textausgabe mit den letzten Zusätzen, eingeleitet und mit Sachregister versehen von Max Frischeisen-Köhler, Berlin
- Seydel, Helmut Open-Price-System in NWB, Fach 20, S. 82 ff.
- derselbe Empfehlungen nach dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen in WRP 1957, S. 254 ff.
- Sölter, Arno Vom Modellwettbewerb zum Geheimwettbewerb, zu den Angriffen gegen das Marktinformationsverfahren in Industriekurier vom 30. Mai 1964
- Strickrodt, Georg Die Problematik der Anknüpfung von Bußgeldfolgen an den Tatbestand des § 1 GWB in WUW 1960, S. 825 ff.
- derselbe Liefer- und Leistungsverträge unter den Wirkungen des Kartellrechts, in WUW 1957, S. 75 ff.
- Temporary National Economic Committee Abhandlung Nr. 38 Investigation of Concentration of Economic Power in USA, Washington 1941
- Würdinger, Hans Kartellrechtliche Beurteilung von Empfehlungen in der Versicherungswirtschaft in WUW 1958, S. 503 ff.
- derselbe Freiheit der persönlichen Entfaltung, Kartell- und Wettbewerbsrecht in WUW 1953, S. 721 ff.
- derselbe Exportkartell und EWG in WUW 1960, S. 313 ff.

III. Abkürzungen

BB	Der Betriebsberater
BFH	Bundesfinanzhof
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungs- gerichts
DB	Der Betrieb
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
FTC	Federal Trade Commission
GRUR	Gewerbrechtlicher Rechtsschutz und Urheberrecht
HB	Handelsblatt
JZ	Juristen-Zeitung
LM	Lindenmaier - Möhring
MA	Der Markenartikel
NIRA	National Industrial Recovery Act
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NWB	Neue Wirtschaftsbriefe
NRA	National Industrial Recovery Admini- stration
TNEC	Temporary National Economic Committee
WRP	Wirtschaft in Recht und Praxis
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
WuWE	Wirtschaft und Wettbewerb - Entschei- dungssammlung

E i n l e i t u n g

Vom Unternehmer sowie unternehmerisch tätigen leitenden Angestellten werden täglich Entscheidungen verlangt ¹⁾. Zu Zeiten unserer Väter mag für die richtige Entscheidung noch die unternehmerische Intuition ausgereicht haben, um selbst ein großes Unternehmen zur Blüte zu führen und zu erhalten. Mit dem Fortschreiten der industriellen Revolution hat sich das Wirtschaftsleben sowohl in der freien wie in der Planwirtschaft ungeheuer kompliziert. Damit hat sich die Zahl der möglichen Alternativen zwar erweitert. Die Bewegungsfreiheit des Unternehmensführers hat sich aber verengt, da die Zahl der Alternativen für eine richtige Entscheidung sich verkleinert hat. Sie herauszuarbeiten bedarf es nicht nur eines geschulten Kopfes, sondern einer Fülle von Informationen, die die Grundlage des Entscheidungsprozesses bilden. Während die Planwirtschaft die Marktdaten durch den Wirtschaftsplan selbst setzt, der Markt also dem Plan angepaßt wird, muß der freie Unternehmer seinen Unternehmensplan dem Markt anpassen. Einen Gewinn für sein Unternehmen kann er nur dann erwirtschaften, wenn er ein Marktbedürfnis erfüllt, das allerdings bei Konsumgütern von ihm aus durch Werbung geweckt werden kann. Diese Möglichkeiten sind jedoch in der Grundstoff- und in der verarbeitenden Industrie gering. Der zu beobachtende Informationshunger ist damit durch die Wirtschaftsentwicklung bedingt und seine Befriedigung ist Voraussetzung für richtige betriebswirtschaftliche Unternehmerentscheidungen. Da eine Unternehmerentscheidung nur dann richtig ist, wenn sie zur Befriedigung eines Marktbedürfnisses führt, besteht weiter die Vermutung, daß nur die Summe betriebswirtschaftlich richtiger Entscheidungen auch einen

1) Der Alltag eines Unternehmensführers wird eindrucksvoll von BEHRENS geschildert, Marktinformation, Seite 11

reibungslosen Ablauf der volkswirtschaftlichen Vorgänge einer freien Wirtschaft gewährleistet.

Die erforderlichen Informationsbedürfnisse der Wirtschaft werden auf vielerlei Weise gedeckt. Genannt seien lediglich die amtlichen Statistiken, Konjunkturanalysen des Wirtschaftsministeriums, die Informationsdienste offizieller und offiziöser Stellen sowie die Fülle der wirtschaftlichen Informationen durch Fach- und Tageszeitschriften und -Zeitungen.

Die amtliche Statistik arbeitet jedoch zu langsam und ist zu wenig auf die Informationsbedürfnisse des einzelnen Unternehmers zugeschnitten, insbesondere, wenn er sich auf einem speziellen Markt betätigt. Die übrigen Informationsquellen liefern mehr Vermutungen und Prognosen, die nur selten auf tatsächlichen, vollständigen Marktdaten beruhen.

Diese Informationslücke kann nur durch unternehmerische Zusammenarbeit geschlossen werden. Nur so ist es möglich, eine schnelle, zuverlässige und möglichst umfassende Kenntnis des Marktes, auf dem sich der Unternehmer bewegt, zu schaffen. Diese Zusammenarbeit, ihr betriebswirtschaftlicher Wert, ihre gesamtwirtschaftlichen Folgen und ihre rechtliche Beurteilung im Hinblick auf das Empfehlungsverbot des § 38 Abs.2, Satz 2 GWB ist Gegenstand dieser Untersuchung, soweit sie sich auf einen Informationsaustausch aufgrund vertraglicher Verpflichtung erstreckt. Nicht zum Gegenstand der Untersuchung gehört der Informationsaustausch über betriebsinterne Daten, wie z.B. Betriebskalkulations- und Kostenvergleiche oder Austausch technischer Erfahrungen.

Erster Teil

Wirtschaftliche Beurteilung

A. Der Gegenstand der Untersuchung

I. Allgemeines

Für die mannigfachen Formen unternehmerischer Zusammenarbeit zur gemeinsamen Erarbeitung und Vermittlung von Marktkennntnis sind verschiedene Begriffe gebräuchlich. Die ältere Literatur verwendet vorwiegend den Begriff "Open-Price-System" (OPS). Im neueren Schrifttum tauchen Begriffe wie Marktinformation, Preismeldestellen, Preis-meldeverträge, Informationsaustauschverträge oder -verfahren usw. auf, ohne daß bisher im einzelnen eine begriffliche Klärung erfolgt ist ¹⁾.

Die Begriffsverwirrung wird vollständig dadurch, daß die entsprechenden Verfahren vielfach sogar mit Markttransparenz gleichgesetzt werden ²⁾.

MENZE ³⁾ beklagt diesen Zustand mit Recht, da er eine sachgerechte Diskussion kaum möglich macht und schon zu manchen Irrtümern geführt hat, mindestens aber jeden Beitrag durch ausführliche Definition belastet.

-
- 1) So verwendet z.B. PICKEL für den gleichen Tatbestand die Begriffe 'OPS' (BB 1963, S. 699 ff.) und 'Preismeldestellen' (WRP 1964, S. 1 ff.) wobei er diesen Begriff allerdings exakt abgrenzt
 - 2) vgl. SCHMIDT, 'Markttransparenz als Voraussetzung für Wettbewerbsbeschränkungen' WUW 1963, S. 97 ff und MENZE, 'Markttransparenz in Theorie und Wettbewerbsrecht' in WUW 1963, S. 570 ff, der aber auf die Unvollkommenheit der durch OP-Systeme vermittelten Markttransparenz hinweist.
 - 3) 'Die Integrität der Marktinformation' in WRP 1964, S. 190 ff.

Eine einleitende Skizzierung der üblichen Formen des Informationsaustausches und ihre begriffliche Einordnung sind daher zunächst unerlässlich.

Überliefert ist bisher lediglich eine Definition des OPS in der Form, wie es EDDY, der allgemein als sein Schöpfer bezeichnet wird, konzipiert hat. Sie lautet:

" Es entspricht wörtlich dem, was die Worte "offener Preis" aussagen, nämlich ein Preis, welcher offen auf dem Tisch liegt, den beide Konkurrenten und Abnehmer kennen, welcher in jeder praktikablen Weise auf jedem Artikel angebracht ist, welcher produziert wurde und der in jeder Preisliste vermerkt ist, welche herausgegeben wurde. Ein Preis also, um den herum es kein Geheimnis, keine Ausflüchte und keine Bevorzugung gibt"¹⁾.

Da das OPS mit dieser Definition sowie der älteren amerikanischen Handhabung eng verbunden ist, diese aber über den reinen Informationsaustausch hinaus geht, ist die Verwendung des Begriffes OPS nicht vertretbar. So gehört es nicht zum Wesen des Informationsaustausches, daß die Preise auch den Abnehmern aufgedeckt werden, daß der Preis auf dem Artikel selbst angebracht ist und daß keine Bevorzugung der Abnehmer vorliegen darf. Hier zeigt sich besonders deutlich, daß das OPS in der ihm von EDDY gegebenen Prägung nicht auf die deutschen Verhältnisse passt,

1) EDDY, "The New Competition" S. 110, Übersetzung von BEHRENS in WRP 1960, S. 57

da Nichtdiskriminierungsverträge in Deutschland unzulässig sind. Andererseits ist diese Definition zu eng, da sie nur den Preisaufwand berücksichtigt und damit nicht mehr den Informationsbedürfnissen und Handhabungen der Praxis gerecht wird, an die sich diese Untersuchung anschließt. Eine Beschränkung auf die Bekanntgabe der Preise wäre in den meisten Branchen nur ein unvollkommenes Mittel zur Herstellung von Marktkennntnis. Der Unternehmer vermag nur abzulesen, welche Preise die Konkurrenz erzielt, ohne sich ein umfassendes Bild vom derzeitigen Markt und seinem Gefüge machen zu können. Bestimmend für die unternehmerische Entscheidung sind daneben die Bedeutung des Kunden, die Gesamtaufnahmefähigkeit des Marktes, des Nachlassens oder Ansteigens der Anfrage sowie die Veränderungen des eigenen Marktanteiles. Demgemäß müssen auch die Marktstatistiken über Produktion, Umsatz, Marktanteile, Lagerhaltung usf., einbezogen werden.

Für die Entscheidung der Frage, wie der Unternehmer zu reagieren hat, nachdem er festgestellt hat, daß er reagieren muß, sind Kenntnisse über die Marktbedeutung der einzelnen Abnehmer erforderlich, sowie Kenntnisse über die im einzelnen angewandten Wettbewerbsanstrengungen der Wettbewerber.

Der Begriff "Meldestelle" erfaßt nur ein -zudem nicht notwendiges- Mittel für diesen Zweck. Der Preisaustausch ist lediglich ein begrenzter Ausschnitt aus dem Gegenstand der Untersuchung.

Diesem umfassenden Ziel wird lediglich der Begriff "Informationsaustausch über Marktdaten" gerecht, der in Zukunft kurz "Informationsaustausch" genannt werden soll. Der hier untersuchte Informationsaustausch dient der Marktkennntnis.

Er soll jedem Wettbewerber die Möglichkeit bieten, sich über den Markt und die Wettbewerbshandlungen seiner Konkurrenten im einzelnen zu informieren und ihm alle die Daten zur Verfügung stellen, die für seine Geschäftspolitik maßgebend sind ¹⁾.

Nicht zum Begriff des Informationsaustausches gehören Kommentare, Schlußfolgerungen und Ratschläge, die eventuell aufgrund der erarbeiteten Daten erteilt werden. Um die Untersuchung ferner nicht uferlos werden zu lassen, soll nur der Informationsaustausch zwischen Anbietern untersucht werden. Die rechtliche Zulässigkeit oder Unzulässigkeit dürfte gleich liegen, da der einen Marktseite nicht verboten sein kann, was der anderen erlaubt ist.

Die Möglichkeiten und gehandhabten Ausgestaltungsformen vertraglicher Systeme zur Sammlung, Verarbeitung und Vermittlung von Marktdaten sind mannigfach und ebenso unübersehbar wie die Informationsbedürfnisse der Wirtschaft. Es muß daher eine Einschränkung auf gewisse besonders gebräuchliche und charakteristische Typen erfolgen, die im folgenden skizziert werden sollen.

II. Die Formen der Informationsvermittlung.

Vermittelbare Marktinformationen lassen sich zunächst in zusammengefaßte Marktdaten (Marktstatistik im engeren Sinne, Marktanalyse, Umsatzermittlung einzelner Abnehmer usf.) ²⁾ und solche

1) BEHRENS, 'Das Open-Price-System, Systematik und rechtliche Beurteilung nach dem GWB'; WRP 1958, S. 105

2) In Zukunft werden der Kürze halber zusammengefaßte Marktdaten allgemein als Statistiken bezeichnet

Marktdaten unterteilen, die unverändert bzw. unbearbeitet übermittelt werden (allgemeine und Einzelinformationen über Preise, Rabatte, Konditionen usf.). Diese sollen als nichtstatistische Daten bezeichnet werden. Systeme, die dem Austausch solcher Daten dienen, seien, MENZE ¹⁾ folgend, als Informationsverfahren (im engeren Sinne) bezeichnet.

1. Statistische Verfahren

a) Die Marktstatistik

Die Marktstatistik ist eine periodische Herausgabe zusammengefaßter Marktdaten ²⁾. Sie ermöglicht die laufende Beobachtung des gesamten Marktes. Sie kann bestimmte, auf die Informationsbedürfnisse der Branche abgestimmte Gruppen zusammenfassen. Zu unterscheiden sind sachliche und persönliche Zusammenfassungen. Unter sachlichen Gesichtspunkten zusammengefaßte Gruppen sind z.B. Typen, Farben, Größe der Auslieferungs- oder Bestellmengen usf. Zu den persönlich bestimmten Gruppen zählen Aufteilungen nach der Art der Abnehmer, ihrer Marktbedeutung oder ihrem Sitz.

Marktstatistiken erscheinen meist monatlich, können aber auch wöchentlich oder dekadeweise herausgegeben werden. Eine der untersuchten Statistiken erscheint sogar täglich. Sie weist alle an dem jeweiligen Tage erzielten Preise, unterteilt nach Typen und Mengenbezugsgruppen, ohne Nennung von Lieferant und Abnehmer, aus. Es handelt sich hier um eine Branche mit sehr labilem

1) MENZE, 'Unternehmerische Zusammenarbeit', S.31 ff und WRP 1964, S. 190

2) vgl. auch MENZE, 'Markttransparenz in Theorie und Wettbewerbsrecht', WUV 1963, S. 577

Rohstoffmarkt, in der Preisänderungen von heute auf morgen notwendig werden können.

b) Die Marktanalyse

Hierbei handelt es sich um eine Marktstatistik, die nicht periodisch herausgegeben wird, sondern einen Test darstellt, der einen Querschnitt des Marktes unter bestimmten Gesichtspunkten an einem bestimmten Stichtag für einen bestimmten Zeitraum zeigt. Im Gegensatz zur dynamischen Marktstatistik stellt sie somit eine Art Momentaufnahme des Marktbildes dar ¹⁾. Als Beispiele seien genannt, eine Analyse der Abnehmerstruktur, der Bezüge in den einzelnen Typen, der Mengenbezugsgruppen nach Auftrags- oder Liefermenge sowie eine Abnehmerstandortanalyse.

Derartige Analysen können auch regelmäßig wiederholt werden. Damit liegt noch keine Statistik vor, da nicht alle Geschäfte erfaßt werden, sondern jeweils lediglich ein bestimmter, herausgegriffener Zeitraum.

c) Die Umsatzstatistik betreffend einzelne Abnehmer

Diese Statistik ist die detaillierteste Form einer Umsatzstatistik. Hier werden alle Umsätze jedes einzelnen Abnehmers in einem bestimmten Zeitraum -meist 1 Jahr- zusammengefaßt. Den Beteiligten wird dadurch ein Bild von der Marktbedeutung jedes Abnehmers auf der Grundlage seines Gesamtbezuges bei den Beteiligten gegeben. Bei der Zusammenfassung werden 2 Möglichkeiten gehandhabt. Entweder wird der genaue Umsatz des jeweiligen Abnehmers

1) MENZE, 'Unternehmerische Zusammenarbeit',
S. 43

bekanntgegeben, oder die Abnehmer werden in bestimmten Mengenbezugsgruppen zusammengefaßt. Notwendig ist eine solche Gesamtumsatzermittlung namentlich beim Vorliegen eines Gesamtumsatzrabattkartells, da sie Voraussetzung für die Berechnung des Kartellrabattes ist. Solche Umsatzermittlungsverfahren werden jedoch auch ohne Rabattabsprache durchgeführt und dienen der Feststellung der Marktbedeutung der einzelnen Abnehmer.

2. Nichtstatistische Verfahren

Der Austausch unbearbeiteter Marktdaten dient der Kenntnis einzelner Geschäfte. (Informationsverfahren, im engeren Sinne im folgenden kurz Informationsverfahren genannt).

Zu unterscheiden ist die allgemeine Information und die Einzelinformation.

a) Die allgemeine Information

Bei der allgemeinen Information wird eine Fülle von Geschäftsvorgängen zusammengefaßt. Meist handelt es sich hier um Informationen über Preise, Preisbestandteile oder Konditionen. Wie die Zusammenfassung erfolgt, hängt von den Gegebenheiten beim einzelnen Unternehmer ab. Klassisches Beispiel einer allgemeinen Information ist der Austausch von Preislisten. Erforderlich ist eine solche Preisliste jedoch nicht. Allgemeine Informationen kommen auch ohne Preisliste vor. Der Austausch der Preisliste wird dann ersetzt durch eine Meldung, beispielsweise des Inhalts:

" Wir gewähren allen unseren Abnehmern
für die folgenden Typen die folgenden
Preise"

Solche allgemeinen Informationen können auch sachlich und/oder persönlich differenziert sein,

so beispielsweise nach Abnehmergruppen wie Händler, Weiterverarbeiter oder Endabnehmer. Sie können ferner örtlich aufgeteilt sein. Unter dem Begriff der allgemeinen Information fallen auch solche über eine angewandte Rabattstaffel, Mitteilungen über Mindermengen- oder Nichtnormungszuschläge, Mengenrabatte oder besondere Zugeständnisse für bestimmte Abnehmergruppen, wie Händlerrabatte, Weiterverarbeitungsrabatte usf.

b) Die Einzelinformation

Die Einzelinformation wird praktiziert beim Fehlen eines generellen Preissystems für alle Geschäfte und bei Vorliegen eines generellen Preissystems für die Geschäfte, die von dem generellen Preissystem abweichen. Bei der Einzelinformation wird ein einzelnes Geschäft mit einem einzelnen Abnehmer offen gelegt. Der Umfang der Offenlegung pflegt unterschiedlich zu sein. Die Bekanntgabe des Abnehmers ist üblich, die Identifizierung des Lieferanten häufig.

Während die allgemeinen Informationen in der Regel sämtlichen beteiligten Firmen unverzüglich und automatisch zur Verfügung gestellt werden, ist die Handhabung bei Einzelinformationen unterschiedlich. Sie erfolgt entweder automatisch oder auf Anfrage eines interessierten Wettbewerbers. Bei automatischer Information werden entweder alle Wettbewerber informiert oder nur diejenigen, die mit dem jeweiligen Kunden in Geschäftsbeziehung stehen. Die "Geschäftsbeziehung" wird unterschiedlich definiert. Möglich sind und praktiziert werden Begriffe wie "wer den Kunden innerhalb des letzten Jahres beliefert hat" oder

"wer selbst dem Kunden bereits ein Angebot gemacht hat". 1)

Auch bei der Information auf Anfrage kommt es vor, daß das Recht anzufragen, auf die Firmen beschränkt ist, die mit dem jeweiligen Kunden in Geschäftsbeziehung stehen 2).

c) Sonstiges

HEATH berichtet ferner aus England von einem "Open-Price-System", in dem lediglich die Namen der an einem Geschäft gemeinsam beteiligten Anbieter ausgetauscht werden 3).

Die Zweckmäßigkeit oder Unzweckmäßigkeit der einen oder anderen Form oder Kombination soll nicht untersucht werden. Diese Frage hängt weitgehend von den Gegebenheiten der Branche, wie der Marktstruktur, der historischen Überlieferung, dem Vertrauen zwischen den Wettbewerbern, der Bereitschaft eigene Daten aufzudecken, sowie den Informationsbedürfnissen ab.

1) vgl. im einzelnen MENZE, 'Möglichkeiten unternehmerischer Zusammenarbeit', S. 38

2) BEHRENS, WRP 1958, S. 106

3) 'Some economic consequences', S.474, Fußnote 1

B. Die technische Durchführung

I. Die Zentralstelle ¹⁾

Die Durchführung eines Informationsaustausches in den oben dargelegten Formen erfolgt üblicher- und zweckmäßigerweise durch eine zentrale Stelle, sei es den Wirtschaftsverband, sei es eine besondere Treuhandstelle oder ein Rechtsanwaltsbüro, das gleichzeitig die rechtliche Beratung übernimmt. Bei Wirtschaftsverbänden werden die Meldepflichten der Firmen und die Informationspflichten des Verbandes meist in der Verbandsatzung oder durch Verbandsbeschlüsse festgelegt. Bei Einschaltung einer unabhängigen Stelle (Treuhandstelle oder Rechtsanwaltsbüro) herrschen Einzelverträge zwischen der Zentralstelle und den beteiligten Firmen vor. Es ist jedoch auch möglich, daß die Firmen eine Interessengemeinschaft in der Form eines Vereins oder einer bürgerlich-rechtlichen Gesellschaft gründen, die ihrerseits die Funktion der Zentralstelle mit Hilfe eines eigenen Büros übernimmt oder mit einer unabhängigen Zentralstelle einen entsprechenden Vertrag abschließt ²⁾.

Die Zentralstelle hat zwei Aufgaben, und zwar die Dokumentation und die Information ³⁾. Die Dokumentation bedeutet die Sammlung der Marktdaten, die Information die Weitergabe der bearbeiteten oder

-
- 1) Diese Stelle wird meist Meldestelle genannt. Diese Bezeichnung trifft nicht den Kern der Sache, da die Zentralstelle die Meldung lediglich zur Weitergabe empfängt. Der wesentliche Teil ihrer Tätigkeit besteht aber in der bearbeiteten oder unbearbeiteten Weitergabe der Marktdaten. Vgl. auch MENZE in WRP 1964, S. 190
 - 2) vgl. auch den Mustervertrag bei BENISCH, 'Kooperationsfibel mit Erläuterungen und Vertragsbeispielen', 1964, S. 103 ff.
 - 3) BEHRENS, 'Das Open-Price-System', WRP 1958, S. 106

unbearbeiteten Marktdaten von der Zentralstelle an die Beteiligten.

Für die Einschaltung einer Zentralstelle sprechen insbesondere Gesichtspunkte der Zweckmäßigkeit, da die Durchführung eines detaillierten Informationsaustausches, der auch die Überprüfung der Dokumentation auf ihre Richtigkeit einschließt, ohne Einschaltung einer Zentralstelle kaum durchführbar sein dürfte.

MENZE ¹⁾ weist ferner darauf hin, daß die Einschaltung einer unabhängigen Stelle statt des Verbandes leichter die erforderliche Wettbewerbsneutralität gewährleistet. Bei Auftreten von Spannungen, die sich beim Informationsaustausch ergeben können, wird zudem die übrige Verbandstätigkeit nicht gelähmt.

Immerhin ist aber BEHRENS ²⁾ grundsätzlich darin zu folgen, daß es für die rechtliche Beurteilung unbeachtlich ist, ob überhaupt eine dritte Stelle eingeschaltet wird und wer diese Aufgaben übernimmt. Zu beachten ist jedoch die Kohlenplatz-einzelhandelsentscheidung des BGH vom 14.1.1960³⁾.

Der BGH hat hier nämlich aus dem Charakter der informierenden Stelle Rückschlüsse auf die Wirkung der Mitteilung auf die Empfänger gezogen. Hierauf ist bei der rechtlichen Würdigung noch zurückzukommen.

1) 'Das Open-Price-System und das GWB', WuW 1958, S. 98

2) 'Das Open-Price-System', WRP 1958, S. 106

3) WUW E. BGH S. 369 ff.

II. Die Tätigkeit der Zentralstelle

1. Statistischer Dienst

Die Dokumentation der Vertragswaren bei Statistiken, Analysen und Einzelumsatzstatistiken muß vollständig sein. Sie kann in der Weise erfolgen, daß die einzelnen beteiligten Firmen ihre eigenen Unterlagen bereits in den Rubriken der Statistiken zusammenfassen. Die Zentralstelle braucht dann nur noch die Meldungen der Firmen zu addieren. Der Vorteil dieser Form der Dokumentation ist es, daß die Arbeit der Zentralstelle klein gehalten wird. Sie herrscht dementsprechend dann vor, wenn die Statistik von einem Verband durchgeführt wird, der daneben auch noch andere Aufgaben zu bewältigen hat.

Bei einer vom Verfasser untersuchten unabhängigen Zentralstelle, die die unterschiedlichsten Branchen betreut, wurden in der Regel alle den Informationsaustausch betreffenden Auftragsbestätigungs- und/oder Rechnungskopien übersandt und die Gesamtauswertung im Lochkartenverfahren vorgenommen. Diese Form entlastet die betreuten Firmen arbeitsmäßig.

Hinzu kommt die größere Gewähr der Richtigkeit. Komplizierte Geschäftsvorgänge können nämlich nur selten so genau definiert werden, daß eine gleichlautende Zusammenfassung bei allen Firmen gewährleistet ist. So entstehen vielfach Zweifel über die Zugehörigkeit von Misch- oder Sonder-typen. Bleibt die Eingruppierung den Firmen überlassen, so können erhebliche Verzerrungen der Statistik auftreten. Diese Gefahr wird bei neutraler Zusammenfassung gebannt. Hinzu kommt, daß

die zentrale Zusammenfassung letztlich nicht nur zuverlässiger, sondern auch rationeller ist. Die Zentralstelle kann sich nämlich auf eingearbeitete, statistisch vorgebildete und hierauf spezialisierte Kräfte stützen und moderne Datenverarbeitungsanlagen einsetzen. Demgegenüber werden insbesondere von kleinen Firmen ohne eigene statistische Abteilung vielfach gerade unterbeschäftigte Hilfskräfte mit derartigen statistischen Aufgaben betraut. Ein entscheidender Vorteil liegt ferner darin, daß bei der Zentralzusammenfassung, zumal bei Einsatz moderner Datenverarbeitungsanlagen die Einzeldaten nicht verloren gehen, sondern gespeichert werden können. Sie stehen jederzeit für evtl. erforderlich werdende Marktanalysen unter neuen Gesichtspunkten zur Verfügung.

Vielfach übernimmt die Zentralstelle auch aufgrund eines Einzelvertrages die Ermittlung von Betriebsdaten eines einzelnen beteiligten Mitglieds, soweit das aus den dokumentierten Daten möglich ist. Das geschieht in der Regel durch Herstellung sogenannter Werkbilder, die in der Aufgliederung der gemeinsamen Statistik entsprechen oder auf die besonderen Bedürfnisse der einzelnen Firmen abgestellt sind. Insbesondere kleinere Firmen erhalten hierdurch erstmalig die Möglichkeit einer Betriebsstatistik. Diese Betriebsstatistiken geben eine besonders gute Vergleichsmöglichkeit der Betriebsentwicklung im Verhältnis zur gesamten Marktentwicklung. Werden sie in detaillierter Form erstellt, so pflegen sie nicht allen Beteiligten bekanntgemacht, sondern lediglich der jeweiligen Firma zur Verfügung gestellt zu werden. Eine allgemeine Bekanntmachung hat der Verfasser lediglich bei Gesamtumsatzzahlen feststellen können.

2. Informationsverfahren

a) Allgemeine Informationen

Bei der Weitergabe allgemeiner Informationen ist die Zentralstelle lediglich Durchlaufstation. Sie gibt die bei ihr dokumentierten Vorgänge weiter, ohne irgendwelche Veränderungen sachlicher Art vorzunehmen. Rein technisch bestehen keine Schwierigkeiten, hierbei ohne eine Zentralstelle auszukommen. Die Versendung der Preislisten oder sonstiger allgemeiner Informationen kann vielmehr auch direkt von Wettbewerber zu Wettbewerber erfolgen.

Der isolierte Austausch von Preislisten auf vertraglicher Grundlage direkt von Wettbewerber zu Wettbewerber ist jedoch selten, zumal der Austausch von allgemeinen Informationen nur ein begrenztes Informationsinteresse befriedigt. Ein besonderes Informationsinteresse besteht vielmehr gerade an den Sondernotierungen, die von der allgemeinen Preisstellung, die meist ohnehin bekannt ist, abweichen.

b) Einzelinformationen

Der vollständige auf vertraglicher Grundlage beruhende Austausch von Einzelinformationen dürfte ohne Zentralstelle kaum durchführbar sein. Die Zentralstelle hat folgende Aufgaben:

aa) Dokumentation

Die Aufgabe besteht zunächst in der Sammlung und Ordnung bei der Dokumentation, die entweder durch Meldungen oder durch Übersendungen der Originalkopien erfolgt. Die Dokumentation durch Meldung hat den Vorteil, daß die Zentralstelle entlastet

wird. Dieses Verfahren empfiehlt sich jedoch nur dann, wenn nicht zu viele Vorgänge zu dokumentieren sind. Andernfalls ist der Arbeitsaufwand für die beteiligten Firmen zu groß. Zudem bedarf es einer umfangreichen Firmenkontrolle, ob es sich jeweils um ein meldepflichtiges Geschäft handelt ¹⁾.

Die Übersendung aller Auftragsbestätigungs- und/oder Rechnungskopien bedeutet einen erheblichen Arbeitsaufwand für die Zentralstelle. Damit werden jedoch die Fehlerquellen durch unrichtige Meldungen ausgeschlossen. Werden die Kopien ohnehin zur Erstellung einer Statistik übersandt, entfällt jeder Mehraufwand für die beteiligten Firmen.

In einem festgestellten Fall waren die Firmen verpflichtet, Abweichungen von den allgemeinen Informationen zu melden und daneben sämtliche Kopien zu übersenden, um gleichzeitig eine Kontrolle zu haben. Dieses Verfahren verbindet den Vorteil der geringeren Arbeit für die Zentralstelle mit dem Vorteil der Gewähr der Richtigkeit, da zur Überprüfung von Zweifelsfällen jederzeit die Originalkopien zur Verfügung standen.

Denkbar ist im übrigen auch eine Treuhandstelle ohne Dokumentation. In diesem Falle fragt die Treuhandstelle bei einer konkreten Anfrage bei der Lieferfirma im Einzelfall zurück. Diese Form hat zwar den Vorteil, daß der nicht unerhebliche Arbeitsaufwand für die Dokumentation fortfällt. Der Nachteil liegt jedoch darin, daß die Information zuviel Zeit in Anspruch nimmt, da jeweils

1) Trotzdem konnte der Verfasser Verfahren feststellen, die Einzelmeldungen erstatteten, obwohl so gut wie jeder Abnehmer seine eigenen Preise hatte.

eine Rückfrage erforderlich ist. Hinzu kommt die Unzuverlässigkeit dieses Verfahrens.

bb) Information

Bei der Information bestimmt sich die Tätigkeit der Zentralstelle nach dem Vertrag. Sie hat entweder alle Beteiligten automatisch zu informieren oder, wenn lediglich die bei einem Kunden beteiligten informiert werden, diese vorher aus den Unterlagen zu ermitteln.

Geschieht die Information nur auf Anfrage, so ist die Antwort zu erteilen und gegebenenfalls vorher zu prüfen, ob der Anfragende als Beteiligter anfrageberechtigt ist.

3. Kontrollaufgaben

a) Überwachung der Richtigkeit der Meldungen

Ein Informationsverfahren ist nur sinnvoll, wenn die Informationen richtig sind. Die Zentralstelle hat also meist die Aufgabe, die Richtigkeit und Vollständigkeit der erstatteten Meldungen oder übersandten Unterlagen zu überwachen. Dies geschieht entweder durch die Zentralstelle selbst oder durch beauftragte Prüfer.

Bei festgestellten Meldeverstößen sind in der Regel Sanktionen festgesetzt. Als Sanktionen konnten -teils isoliert, teils kombiniert, teils abgestuft ansteigend, je nach Schwere oder Wiederholung der Verstöße- festgestellt werden: Verwarnungen, Einstellung des statistischen Dienstes oder der Information an diese Firma und Geldstrafen. Teilweise war eine Bekanntgabe der verhängten Sanktion an alle Beteiligten vorgesehen.

Die Sanktionen wurden teils direkt durch ein Schiedsgericht festgesetzt, teils durch die Zentralstelle mit Überprüfungsmöglichkeit durch ein Schiedsgericht.

Bei den untersuchten Schiedsverträgen war es üblich, daß der Vorsitzende die Befähigung zum Richteramt hatte. Zwei Beisitzer wurden aus dem Kreis der Beteiligten ernannt, und zwar einer durch die Zentralstelle, wenn diese antragsberechtigt war und der andere durch die betroffene Firma. Nominierte die betroffene Firma keinen Beisitzer, so erfolgte die Benennung durch den Vorsitzenden.

b) Überwachung der Rechtllichkeit der Handhabung

Vielfach wird die Zentralstelle auch ausdrücklich verpflichtet, die Gesetzmäßigkeit des Verfahrens zu überwachen. Sie hat einzuschreiten, wenn Empfehlungen ausgesprochen werden sollten, wenn Druck auf Wettbewerber ausgeübt wird oder gar Absprachen getroffen werden sollten.

C. Informationsbedürfnis und Umfang der Offenlegung.

I. Statistische Informationen

1. Die Marktstatistik

Inhalt, Gliederung und Umfang einer Marktstatistik sollten auf die laufenden Informationsbedürfnisse abgestellt sein. Gegen diesen Grundsatz wird viel verstoßen. Ist die Statistik zu grob gegliedert, so vermindert sie ihre Aussagekraft. Ist sie zu fein gegliedert, verliert sie ihre Übersichtlichkeit und bedarf u.U. nicht benötigten Arbeitsaufwandes. Die zweckmäßigste Form ist nicht allgemein festzustellen, sondern kann nur aufgrund der besonderen Gegebenheiten des Marktes beurteilt werden.

Einige typische Beispiele seien im folgenden gezeigt:

Beispiel I

Es handelt sich um eine expandierende Branche. Die Kapazität ist voll ausgelastet. Die erzielten Preise sind gut.

Das Informationsbedürfnis wird nicht sehr groß sein. Fehlentscheidungen bedeuten kein hohes Risiko. Es geht allenfalls, jedenfalls im short run, ein Mehrgewinn verloren. Im allgemeinen wird in einer derartigen Marktsituation eine grobe Übersicht über den Gesamtmarktverlauf ausreichen, da jede Firma ihre Produktion vollständig absetzen kann und der auskömmliche Preis die Rentabilität gewährleistet. Damit fehlt jedoch durchaus nicht jedes Informationsbedürfnis. In

der Regel besteht das Bedürfnis, den eigenen Anteil am Wachstum zu kontrollieren. Dafür reicht jedoch eine grobe Umsatzstatistik aus. Die in diesem Beispielsfall üblicherweise nicht sehr genaue Rentabilitätskontrolle im Verhältnis zu den Wettbewerbern wird durch die Ausweisung der Durchschnittserlöse ausreichend gewährleistet.

Eine solche grobe Statistik reicht vielfach auch aus, einen Marktumschwung festzustellen, aber nicht immer. Das soll das folgende Beispiel erläutern:

Beispiel II

In der Branche des Beispiels I zeigt sich eine Veränderung des Durchschnittserlöses. Die statistische Änderung des Durchschnittserlöses kann je nach den Gegebenheiten der Branche folgende Ursachen haben:

- a) Die Nachfrager haben sich auf preiswertere oder teurere Typen umgestellt, die ebenfalls in der Statistik erfaßt werden.
- b) Bei Staffelung der Preise nach Abnahme oder Bestellmenge können die Abnehmer dazu übergegangen sein, in größeren oder kleineren Mengen zu beziehen.
- c) Sind die Preise etwa wegen großer Frachtempfindlichkeit des Gutes örtlich verschieden, kann verstärkt in bestimmte Gebiete mit extrem niedrigen Preisen geliefert worden sein.
- d) Werden verschiedenen Abnehmergruppen wie Händlern, Weiterverarbeitern oder Endverbrauchern unterschiedliche Preise berechnet, kann bei einer Abnehmergruppe ein besonderer Umsatzanstieg oder -Verlust zu verzeichnen sein.

- e) Es kann eine echte Veränderung des Preisniveau vorliegen.

Worauf die statistische Erlösminderung tatsächlich zurückzuführen ist, kann nur durch eine Differenzierung der Statistik festgestellt werden, und zwar durch eine Aufteilung nach Typen (Fall a), nach Abnahme und/oder Bestellmengen (Fall b), nach Abnahmestandorten (Fall c), oder nach Abnehmergruppen (Fall d). U.U. zeigt sich dann sogar, daß trotz einer statistischen Erlösminderung tatsächlich eine Preissteigerung eingetreten ist. Erst wenn alle derartigen Möglichkeiten statistisch ausgeschöpft sind, ohne daß hier eine Verschiebung der Abnahmegewohnheiten festgestellt werden konnte, kann gesagt werden, daß eine effektive durchschnittliche Preisveränderung (Fall e) vorliegt.

Fehlt eine differenzierte Statistik, sind folgeschwere Fehlentscheidungen möglich. Dies mag Beispiel III zeigen.

Beispiel III

Es zeigt sich in einer expandierenden Branche statistisch eine Erlösminderung. Diese beruht auf einem der Gründe a) bis d) des Beispiels II.

Die Verlagerung ist so stark, daß eine tatsächlich vorhandene Preiserhöhung statistisch nicht erkennbar wird. Ein oder mehrere Anbieter können diesen Trend in ihren eigenen Verkaufszahlen nicht ablesen, etwa weil die preiswerteren Typen vorwiegend von anderen Wettbewerbern bezogen werden. Die richtige Entscheidung in dieser Marktsituation besteht darin, die Kapazität trotz der statistischen Erlösminderung, jedenfalls bezüglich

der verstärkt bezogenen preiswerteren Typen, auszudehnen. Die Investitionen können zum Teil mit Hilfe der -tatsächlich- steigenden Preise finanziert werden.

Wird die statistische Erlösminderung jedoch fälschlich als Preisrückgang gewertet, so kann ein marktungerechter Preisverfall durch die falsch informierte Firma aufgrund der unbegründeten Furcht ausgelöst werden, der Wettbewerb senke die Preise. Dies mag man vom Verbraucher her gesehen für positiv halten. Der Irrtum und damit das Ergebnis können aber genauso gut umgekehrt sein, also eine auf Irrtum beruhende Preissteigerung auslösen. Darüber hinaus ist nicht jede Preissenkung volkswirtschaftlich richtig. Beruht sie auf einer Fehleinschätzung des Marktes, so ist sie vielmehr marktungerecht, wenn nicht tatsächlich ein Nachlassen des Umsatzanstieges zu verzeichnen ist. Der Preisverfall wird nämlich -jedenfalls bei Firmen, die nur dies Produkt herstellen und nicht über eine ausreichende Kapitaldecke verfügen- dazu führen, daß die Mittel für eine allein marktgerechte Kapazitätsausweitung fehlen. Im long run wird die Marktversorgung also schlechter.

Bei der irrigen Annahme eines Preisanstieges wird die Firma, die daraufhin ihre Preise erhöht, einen Umsatzrückgang zu verzeichnen haben. Sollte die Nachfrage so stark sein, daß der Abnehmermarkt noch zu den erhöhten Preisen abnehmen muß, so wird eine Haussespekulation erfolgen, die über den marktgerecht erhöhten Preis hinausschießen wird.

Dies kann nunmehr eine marktungerechtigt hohe Investitionsfähigkeit auslösen. Ferner

werden durch die nunmehr erhöhten Preise Marktaußenseiter angelockt, die den Kapazitätsüberhang noch verstärken. Die Folge ist eine marktungerechtfertigte Überkapazität mit den bekannten Folgen. Zur Erringung einer rationelleren Auslastung der eigenen Kapazität auf Kosten des Wettbewerbers kann ein Preiskampf ausgelöst werden, der in der Regel zum Ausscheiden der kapitalschwächeren Einproduktunternehmen führen wird. Die Folge kann ein oligopolistischer oder gar monopolistischer Markt sein.

Diesen betriebswirtschaftlich wie volkswirtschaftlich unerwünschten Folgen kann nur dadurch entgangen werden, daß man den Tatsachen auf den Grund geht und mit den oben skizzierten Möglichkeiten statistisch erforscht, ob auf dem Gesamtmarkt tatsächlich ein Preisverfall oder ein Preisanstieg vorliegt und gegebenenfalls in welcher Größenordnung er sich bewegt.

Ähnliche Überlegungen können gegeben sein, wenn sich in einer groben Umsatzstatistik Veränderungen ergeben. Dies mag Beispiel IV erläutern.

Beispiel IV

Zeigt sich in einer Statistik ein Umsatzrückgang, so bestehen 2 Möglichkeiten:

- a) Der Bedarf hat sich auf Typen verlagert, die bisher nicht für Wert befunden wurden, statistisch erfaßt zu werden. Dieser Fall ist nicht selten, insbesondere, wenn eine bisher als Sondertype hergestellte Ware sich in der praktischen Erprobung als besonders geeignet für einen besonderen Anwendungsbereich herausstellt.

- b) Es liegt ein effektiver Umsatzrückgang vor.

Welcher der theoretisch möglichen Fälle tatsächlich vorliegt, läßt sich nur mit einer möglichst umfassenden Statistik klären. Jedenfalls sollte der Gesamtumsatz wenigstens grob erfaßt werden. Stellt sich nun durch Erweiterung der Statistik heraus, daß Fall b) vorliegt, so werden die Unternehmer zu einer Marktreaktion gezwungen sein. Eine gezielte Reaktion setzt jedoch voraus, daß die Ursachen bekannt sind. Im Regelfall wird es richtig sein, die Preise gleichmäßig zu senken, um den Umsatz zu beleben. Diese Maßnahme kann jedoch u.U. wenig wirksam oder gar falsch sein. Das mag das folgende Beispiel erläutern.

Beispiel V

Es liegt lediglich ein Umsatzrückgang bei einer bestimmten Abnehmergruppe vor. Die richtige kaufmännische Entscheidung wird dann sein, auch nur bei dieser Abnehmergruppe, mit der Geschäftspolitik zu reagieren. Dies gilt insbesondere dann, wenn der Umsatzrückgang auf der Wettbewerbslage von Weiterverarbeitern beruht.

U.U. befindet sich eine Abnehmergruppe A in einer umfangreichen Umsatzausweitung, während eine Abnehmergruppe B unter Umsatzeinbußen zu leiden hat, die auf Substitutions- und/oder Auslandskonkurrenz zurückzuführen ist. Wiegt der Umsatzanstieg der Abnehmergruppe A die Umsatzminderung der Abnehmergruppe B auf, so wird diese Veränderung u.U. überhaupt nicht erkannt. Übersteigt der Umsatzanstieg der Gruppe A die Umsatzverminderung der Gruppe B, so wird der Eindruck der guten Geschäftslage aller Abnehmer noch verstärkt. Reagieren die Lieferanten nun für beide Gruppen

gleich, so kann diese Entscheidung falsch sein.

Sie ist dann falsch, wenn die Preisherabsetzung für alle Abnehmer nicht ausreicht, die Wettbewerbsfähigkeit der Gruppe B so zu erhöhen, daß nunmehr wieder größere Umsätze mit dieser Abnehmergruppe gemacht werden können. Die Preisherabsetzung bewirkt auch keine Umsatzsteigerung bei der Gruppe A, da diese es nicht nötig hat, den Preisvorteil wegen der bestehenden günstigen Wettbewerbslage an ihre Abnehmer weiterzugeben. Will der einzelne Unternehmer den Umsatz halten oder ihn gar steigern, so muß er der Gruppe B solche Vorteile einräumen, daß sie nunmehr wieder wettbewerbsfähig gegenüber ihren Wettbewerbern wird. U.U. muß eine solche Herabsetzung zu Lasten der Gruppe A gehen. Die Gruppe B wird nunmehr wieder wettbewerbsfähig, erzielt größere Umsätze und die Gefahr des Ausfalls dieser gesamten Gruppe ist gebannt. Eine eventuelle Preissteigerung bei der Abnehmergruppe A muß allerdings in einem solchen Rahmen erfolgen, daß diese noch wettbewerbsfähig bleibt.

Beispiel VI

Ähnliche Überlegungen können gegeben sein, wenn eine Gruppe mittelständischer Abnehmer in Wettbewerb mit Großunternehmen steht, die das erforderliche Vorprodukt selbst herstellen. Die Vernunft des Anbieters spricht dafür, diese Abnehmergruppe, um sie überhaupt zu erhalten, preislich zu begünstigen. Um Zweckmäßigkeit und Umfang einer solchen Wettbewerbsmaßnahme richtig abzuwägen, ist es erforderlich, eine solche Abnehmergruppe besonders statistisch zu erfassen

Vielfach werden nun diese feinen Differenzierungen einer Statistik nicht erforderlich sein, da

die einzelne Firma bei ihrem Absatz Strukturveränderungen selbst feststellen kann. Auch diese können jedoch täuschen. Wie entscheidend die Kenntnis des gesamten Marktes ist und wie wenig die Kenntnis des eigenen Absatzes ausreicht, mag folgendes Beispiel zeigen:

Beispiel VII

Eine Firma stellt fest, daß ihr Auftragspolster sich erheblich erhöht, daß ihre Lieferfristen also länger werden. Sie erwägt eine Kapazitätsausweitung und geht davon aus, daß alle Konkurrenten gleiche Auftragspolster zu verzeichnen haben. Unter Berücksichtigung ihres Marktanteiles berechnet sie den Auftragsüberhang und plant demgemäß eine entsprechende Kapazitätsausweitung. In Wirklichkeit ist dieser Auftragsüberhang jedoch nur bei ihr zu verzeichnen, was auf geschickte Produktdifferenzierung zurückgeführt werden kann. Erweitert sie nun ihre Produktionsstätten aufgrund des von ihr geschätzten Auftragsüberhangs, liegt eine erhebliche Fehlinvestition vor, da der Markt nur ihren eigenen Auftragsüberhang aufzunehmen vermag. Diese Fehlinvestition wäre vermieden worden, wenn es der Firma anhand einer Marktstatistik möglich gewesen wäre, den Bedarfanstieg des Marktes exakt festzustellen.

Besonders wertvoll ist eine Marktstatistik für Rationalisierungsüberlegungen, das möge der folgende Fall zeigen:

Beispiel VIII

Von einer Herstellergruppe wurden unverhältnismäßig hohe Aufwendungen für die Herstellung kleinerer Mengen von Sondertypen und Farbsorten

gemacht. Die Produktion wurde einmal aufrecht-
erhalten, um dem Abnehmer entgegenzukommen. Zum
anderen wurde die Aufnahmefähigkeit des Marktes
für derartige Spezialtypen und Farben überschätzt.
Jede Firma hoffte, an diesem überschätzten Bedarf
einen größeren Anteil zu erhalten. Sie erhielt
die Produktion also aufrecht in der Hoffnung auf
eine kommende Rentabilität durch größere Umsätze.
In Wirklichkeit war und beliebt der Bedarf jedoch
gering und war bei den bestehenden Kapazitäten
niemals rentabel zu gestalten. Die Kenntnis der
wahren Gegebenheiten kann nun die Folge haben,
daß die eine oder andere -im Zweifel die am ko-
stengünstigsten produzierende Firma- veranlaßt
wird, dieses Produkt aufzugeben. Diese betriebs-
wirtschaftlich allein richtige Entscheidung er-
öffnet u.U. die Möglichkeit, bei anderen Produk-
ten die Preise zu senken, da durch Aufgabe des
unrentablen Produktes dessen zukünftige Rentabi-
lität nunmehr nicht mehr erwartet wird, Verluste
vermieden werden, die bisher von rentablen Pro-
dukten mitgetragen wurden.

Den anderen Wettbewerbern fällt der Umsatz der
aufgebenden Firma zu und befähigt sie u.U., nun-
mehr aufgrund des höheren Umsatzes kostengünsti-
ger zu produzieren. Damit sind die Möglichkeiten
einer Preissenkung eröffnet. Die Versorgung des
Marktes wird besser, sofern nunmehr nicht eine
etwa auf diesem Sondermarkt entstehende Monopol-
stellung ausgenutzt wird. Diese Gefahr ist in
diesem Fall jedoch gering, da ohne ausdrückli-
chen Produktionsverzicht der Wettbewerber der
Monopolist immer dadurch bedroht ist, daß die
ehemaligen Wettbewerber die Produktion wieder
aufnehmen. Die Produktionsaufnahme kann er nur
dadurch verhindern, daß er den Abnehmern Bedin-
gungen einräumt, die es den ehemaligen Wettbe-

werben unwirtschaftlich erscheinen lassen, diesen Typ wieder herzustellen.

Diese Beispiele, die beliebig vermehrt werden können, zeigen, daß auf detaillierte Statistiken, jedenfalls auf solchen Märkten nicht verzichtet werden kann, auf denen die Wettbewerbslage eine Fehlentscheidung nicht zuläßt.

2. Die Marktanalyse

Für gezielte, über längere Zeiträume wirkende Unternehmerentscheidungen wird nun nicht immer eine Aufgliederung der fortlaufend erscheinenden Marktstatistik erforderlich sein. Die fortlaufend erscheinende Statistik wird vielmehr nur belastet.

Grundsätzlich wird es vielmehr ausreichen, Einzelanalysen durchzuführen, in denen bestimmte Zeiträume der Vergangenheit, etwa 1 Monat, untersucht werden. Solche einmaligen Feststellungen sind insbesondere möglich, wenn es lediglich auf den Status und nicht auf die Entwicklung ankommt. Ist der Erfolg einer solchen Entscheidung jedoch durch die fortlaufende Statistik (beispielsweise durch einen Umsatzanstieg) nicht abzulesen, so sollte eine spätere Kontrollanalyse, die beliebig oft wiederholt werden kann, hierüber Aufschluß geben.

Kommt es für die richtige unternehmerische Entscheidung auf Strukturveränderungen des Marktes an, so reicht eine einmalige naturgemäß nur statistische Analyse nicht aus. Es können jedoch zur Entlastung der regelmäßigen Statistik mehrere "Stichproben" gemacht werden. Hier zeigt sich der besondere Wert einer Speicherung aller Daten bei Einsatz von Datenverarbeitungsanlagen.

So ist es technisch keinerlei Schwierigkeit, rückwirkende Analysen repräsentativer Monate vorzunehmen. Marktentwicklungen sind dann jederzeit präsent. Fehlt eine Datenspeicherung, dauert es u.U. sehr lange, bis sich ein Markttrend ablesen läßt.

Abschließend ist festzustellen, daß ein statistisches Programm, das wirklichen Aufschluß über die Marktsituation geben soll, so umfassend wie erforderlich und irgendetmöglich sein sollte. Selbst wenn die Marktsituation -noch- so ist, daß die Beteiligten sich mit einer groben Marktkennntnis begnügen können, sollte für evtl. nötig werdende schnelle Entscheidungen eine Datenspeicherung vorgenommen werden. Speicherungen von Betriebsdaten, die nicht unbedingt sofort benötigt werden, sind in solchen größeren Firmen, die über Datenverarbeitungsanlagen verfügen, heute eine Selbstverständlichkeit und gestatten es jederzeit innerhalb von Tagen, wenn nicht gar Stunden, eine genaue Verkaufs-, Kosten-, Kapital- oder Rentabilitätsanalyse des Unternehmens herzustellen. Zweifellos wird die Verstärkung des Wettbewerbs, insbesondere durch die Impulse der Auswirkungen des EWG-Vertrages, auch auf überbetrieblicher Ebene zu einer solchen Entwicklung führen. Je schärfer der Wettbewerb wird, desto risikoreicher wird eine Fehlentscheidung; durch gute Informationen aber kann ein großer Teil des Risikos vermindert werden.

3. Die Ermittlung der Einzelumsätze

Das Informationsbedürfnis, den Gesamtumsatz jeden Abnehmers festzustellen, wird vielfach unterschätzt.

Gemeinhin wird unterstellt, diese Ermittlung diene lediglich als Grundlage für ein stillschweigend vereinbartes Gesamtumsatzrabattverfahren ¹⁾. Verkannt wird jedoch, daß die Abnahmemenge des Abnehmers und ihre Entwicklung von erheblichem Interesse für den Unternehmer ist.

Zu nennen sind einmal die oben aufgeführten Gründe für die Erfassung besonderer Abnehmergruppen ²⁾.

Die detaillierteste Erfassung ist die Erfassung jeden einzelnen Abnehmers. So kann es u.U. ange-
raten sein, einen mittelständischen Abnehmer, der für seinen Lieferanten nicht ganz uninteressant ist, besonders zu stützen, damit seine Produktion nicht von seinen Wettbewerbern übernommen wird, für die die Lieferanten u.U. als Vorlieferanten nicht in Frage kommen (Beispiel: Substitutionskonkurrenz oder Auslandskonkurrenz).

Mit Hilfe einer Einzelumsatzstatistik läßt sich auch eine Entwicklung der Abnehmerstruktur besonders gut verfolgen, das ergibt sich aus

Beispiel IX

Ein Hersteller stellt fest, daß die großen immer größer und die mittleren und kleinen Abnehmer immer kleiner werden. Weitere Analysen ergeben, daß dies dadurch mitverursacht wurde, daß den großen Abnehmern besondere Zugeständnisse gemacht wurden, die die Wettbewerbsfähigkeit der kleinen und mittleren Abnehmer verminderten. Ein Abbau der überhöhten Sonderzugeständnisse kann diese nicht nur

1) vgl. Tätigkeitsbericht des BkartA über seine Tätigkeit sowie über Lage und Entwicklung auf seinem Aufgabengebiet 1959' Drucksache 1795, S.17

2) vgl. Beispiele 2c und d, 5

für die Hersteller bedrohliche Entwicklung, in Zukunft einer übermächtigen Nachfragemacht gegenüberzustehen, verhindern. Die Folgen einer gefährlichen Preispolitik wären ohne Verfolgung der Umsätze der einzelnen Abnehmer nicht erkannt worden.

Andererseits kann eine Firma durch die Kenntnis der besonderen Bedeutung eines Abnehmers dazu veranlaßt werden, ihre Wettbewerbsanstrengungen bei diesem Abnehmer zu erhöhen, um einen größeren Anteil am Bedarf zu erhalten.

Der Praktiker könnte auch diese Beispiele beliebig vermehren, die unter gewissen Umständen eine Kenntnis der Abnahmemengen aller einzelnen Abnehmer unabdingbar machen.

II. Informationsbedürfnis und nichtstatistische Informationen

1. Allgemein

Da in der Statistik alle Vorgänge zusammengefaßt werden, ist auch nur ein Überblick über den Gesamtmarkt gegeben. Die Skala der erzielten Preise wird bei der Ermittlung eines Durchschnittspreises nicht erkennbar. Eine größere Genauigkeit kann dadurch erzielt werden, daß neben dem Durchschnittserlös die Höchst- und Niedrigstwerte bekanntgegeben werden. Damit wird nun zwar ein Bild vom Preisgefüge des Marktes vermittelt und der Unternehmer vermag sich in seiner allgemeinen Geschäftspolitik zu orientieren.

Zur Entscheidung der Frage, welchen Preis er dem einzelnen Kunden einräumen soll, muß er jedoch die Preisstellung der Konkurrenz bei diesem Kunden

kennen, und zwar einmal, um sich konkret auf die Preise des Wettbewerbs einstellen zu können und zum anderen, um evtl. wahrheitswidrigen Angaben dieses Abnehmers begegnen zu können ¹⁾. Zur wirklichen Durchleuchtung des Marktes ist also vielfach die Information über jedes einzelne Geschäft erforderlich.

Wie weit sie erfolgen sollte, bestimmt sich, wie bei der Marktstatistik nach den Gegebenheiten der Branche. Haben die einzelnen Firmen ein stark, gleichförmiges generelles Preisgefüge aufzuweisen, genügt u.U. die Übersendung der allgemeinen Notierungen -etwa der Preisliste- zuzüglich einer evtl. allgemein angewandten Rabattstaffel.

Insbesondere in hochkompetitiven Industrien wird eine solche Handhabung jedoch nicht ausreichen, da nicht erkennbar ist, ob der Abnehmer, mit dem gerade Preisverhandlungen gepflogen werden, einen Sonderpreis oder -Rabatt erhält oder nicht ²⁾.

Fehlt ein generelles Preissystem überhaupt, so muß jedes Geschäft dokumentiert werden. Ein Informationsbedürfnis an einer solchen Einzeldokumentation oder der Dokumentation von Sondernotierungen in Verbindung mit einer allgemeinen Information liegt dann vor, wenn die beteiligten Firmen entweder den Preis für jeden einzelnen Abnehmer durch Einzelentscheidung festsetzen oder doch bei manchen -meist besonders interessanten- Abnehmern Sonderzugeständnisse machen. In diesem Fall ist eine Entscheidung über die Höhe des Preises im Einzelfall zu treffen. Liegt nun

1) vgl. für viele KRAHE, 'Preismeldesysteme in Recht und Praxis' in WuW 1961, S. 466, der insbesondere diesen Gesichtspunkt hervorhebt.

2) vgl. auch MENZE, 'Markttransparenz in Theorie und Wettbewerbsrecht' in WuW 1963, S. 580

grundsätzlich ein "üblicher Preis" vor, so werden die Firmen ihr Angebot dem Kunden zunächst auf dieser Grundlage machen. Lediglich im Falle der Ablehnung oder der Behauptung eines besseren Konkurrenzpreises werden sie bei der Zentralstelle rückfragen. Bei dieser Marktsituation entspricht es den Informationsbedürfnissen am besten, wenn die Einzelnotierungen nicht automatisch, womöglich noch an alle Wettbewerber erteilt werden. Die Möglichkeit der Rückfrage bei der Zentralstelle reicht aus.

2. Informationsbedürfnis und automatische

Weitergabe der Informationen

Auch dies kann nicht verallgemeinert werden. Gerade in hochkompetitiven Industrien ist eine schnelle Reaktion erforderlich, um einen Kunden nicht zu verlieren. Der Vorteil der automatischen Information liegt darin, daß der Unternehmer das Einzelbild des Marktes jederzeit vor sich liegen hat und seine Geschäftsdispositionen ohne besondere Rückfragen durchführen kann. So kann er insbesondere sofort den Bewegungen der Konkurrenz, sei es Erhöhungen oder Verminderungen, folgen, die ihm ohne Automatik u.U. verborgen bleiben oder doch zu spät zur Kenntnis kommen. Derartige automatische Einzelinformationen sind jedoch sehr selten.

3. Informationsbedürfnis und Identifizierung

der Beteiligten

Ein Informationsbedürfnis an der Identifizierung der Beteiligten zu legalen Zwecken wird vielfach bestritten ¹⁾. Eine summarische Berichterstattung

1) MARKERT, 'Preismeldeverträge und Oligopol' in BB 1964, S. 65: "Aber zu ihrer Erfüllung bedarf es nicht des Zwangsmittels des Open-Price-Systems mit namentlicher Bekanntgabe jedes einzelnen Geschäftsvorganges an die Konkurrenten."

könne, so wird behauptet, ebensogut Aufschluß über die Markttendenz geben. Es sei vielmehr lediglich ein Informationsbedürfnis zu illegalen Zwecken vorhanden, um nämlich festzustellen, welche Firma gegen ein Preisabkommen verstoße, es diene also lediglich dazu, ein evtl. Preisabkommen zu überwachen und Druck auf solche Wettbewerber auszuüben, die von der Preispolitik abweichen. Richtig ist, daß diese Möglichkeit besteht; hierauf ist bei der rechtlichen Würdigung zurückzukommen. Unrichtig ist jedoch, daß kein Informationsbedürfnis zu legalen Zwecken bestehe.

Die Identifizierung der Beteiligten ist sicher nicht erforderlich, um die Markttendenz zu übersehen. Die Übersicht über den Gesamtmarkt reicht jedoch noch nicht für die Entscheidung aus, ob bei einem bestimmten Wettbewerber ein bestimmtes Wettbewerbsmittel eingesetzt werden soll.

a) Identifizierung der Abnehmer

Will der Wettbewerber beispielsweise den Aktionsparameter Preis einsetzen, so muß er, um Erfolg zu haben, wissen, welchen Preis die Konkurrenz diesem Abnehmer bietet. Diese Kenntnis kann er keiner Statistik entnehmen, es sei denn, daß aus anderen Gründen -wie beispielsweise dem bestehenden Diskriminierungsverbot in den USA-¹⁾ der Preis im Einzelfall gleichlautend sein wird mit dem Durchschnittserlös, der in einer Statistik ausgewiesen wird. Auch wenn Höchst- und Niedrigstwerte in der Statistik angegeben werden, hat er lediglich

1) KRIEGER, 'Das Recht der Informationsaustauschverträge in den USA u. in Deutschland' in WuW 1963, S. 472. Einschränkung ist allerdings festzustellen, daß in den USA nicht jede Ungleichbehandlung eine Diskriminierung ist. Ein gleichförmigeres Preisgefüge ist jedoch zu vermuten.
vgl. im einzelnen KRIEGER a.a.O., S. 473

eine Spanne, innerhalb derer der Preis der Konkurrenz irgendwo liegen muß. Selbst wenn alle gegebenen Einzelpreise dokumentiert werden, hilft ihm dies nicht weiter, da er nicht weiß, welcher Preis zu welchem Abnehmer gehört. Ohne die Identifizierung des Abnehmers wird sein Angebot entweder zu hoch, also erfolglos, oder zu niedrig sein. Letzteren Fall mag man nun als begrüßenswert ansehen. Es darf jedoch nicht verkannt werden, daß ein zu niedriger Sonderpreis letztlich auf Kosten der anderen Abnehmer gehen wird und deren Wettbewerbsfähigkeit herabsetzt.

Sowohl Befürworter der Abnehmeridentifizierung als auch ihre Gegner berufen sich nun auf die Tatsache, daß der Wettbewerbspreis bei einem bestimmten Abnehmer weitgehend bekannt sei. Verkannt wird jedoch, daß diese Kenntnis selten zuverlässig zu sein pflegt. Soweit sich diese Kenntnis auf Vertreterberichte stützt, ist insbesondere zu bedenken, daß Vertreter Abnehmerbehauptungen gegenüber sehr anfällig zu sein pflegen, zumal sich ihre Provision nicht nach dem Gewinn an einem Geschäft bestimmt, sondern nach seinem Umsatz. Der Vertreter ist also immer geneigt, das Geschäft in jedem Falle machen zu wollen. Er hat damit die Tendenz, sich Abnehmerbehauptungen zu eigen zu machen.

Noch unzuverlässiger ist die Behauptung des Abnehmers selbst. Es handelt sich um das Problem der sogenannten unlauteren Ausspielung, die darin besteht, daß ein Einkäufer gegenüber dem Anbieter eine wahrheitswidrige Darstellung seiner Geschäftsbeziehungen zu anderen Anbietern gibt. Die Darstellung kann frei erfunden oder eine falsche oder unvollständige Darstellung des Wettbewerbsverhaltens sein, etwa dadurch, daß der Abnehmer eine

Reklamationsgutschrift als Rabattgewährung aus-
gibt. Wohl im Zuge des allgemeinen Verfalls der
Geschäftssitten ist die unlautere Ausspielung
zu einer täglichen Erscheinung des Geschäftsle-
bens geworden ¹⁾. Zur Bekämpfung des lügenden
Käufers ist mindestens die Nennung des Abnehmers
unerlässlich. Fehlt sie, so kann sich eine Vielzahl
von Abnehmern auf einen Preis berufen, der nur
einem eingeräumt wurde ²⁾. An dieser Stelle sei
schon für die rechtliche Würdigung angemerkt, daß
dann, wenn die Anbieter genaue Kenntnis von den
Wettbewerbspreisen beim einzelnen Abnehmer haben,
auch das Argument entfällt, daß die Nennung des
Abnehmers besonders schädliche Folgen habe, da es
gleich sein dürfte, woher die Kenntnis kommt.
Sieht man, wie es die Gegner tun, jedoch das Ge-
fährliche in der Bestärkung und Überprüfbarkeit
des Wissens, so ist dies auch zur Befriedigung
des Informationsbedürfnisses erforderlich.

b) Die Identifizierung der meldenden Firma

Auch für die Identifizierung der meldenden Firma
besteht ein erhebliches Informationsinteresse.

Ein solches Interesse ist immer dann gegeben,
wenn keine absolute Homogenität der Güter vor-
liegt. Es handelt sich hier um das Problem der
Produktdifferenzierung. Eine solche schließt
objektive Homogenität nicht unbedingt aus und
kann auch nicht immer auf objektive Qualitäts-
unterschiede zurückgeführt werden. Insbesondere
bei Produkten, die von den Kunden in ihrer tech-
nischen Qualität sehr schwer oder überhaupt nicht

1) KRAHE, 'Preismeldesysteme in Recht und Praxis'
in WuW 1961, S. 466

2) vgl. im einzelnen MENZE, 'Markttransparenz in
Theorie und Wettbewerbsrecht' in WuW 1963, S. 580

beurteilt werden können, versucht der Anbieter Geschmack, Gefühl, Geltungsbewußtsein und andere außerökonomische Kaufmotive anzusprechen. Er versucht auch auf gefühlsmäßiger Ebene für sein Produkt zu werben. Das gleiche gilt, wenn der Wettbewerb so differenziert ist, daß die einzelnen Formen des Wettbewerbs nur noch schwer in betriebswirtschaftlichen Zahlen verglichen werden können. Der Vorteil, den der Käufer in dem Produkt des Anbieters sieht, braucht tatsächlich nicht vorhanden zu sein.

Zu berücksichtigen ist ferner der good will des Unternehmens, der ebenso sachlich wie gefühlsmäßig zustande gekommen sein kann. Hinzu kommt die Art des Auftretens der Firma in der Öffentlichkeit, die Form der Werbung, die Tradition des Unternehmens, der oft durch jahrzehntelange Qualitätsarbeit bedingte Ruf, die menschlichen Kontakte zu dem Kundenkreis usf. All dies kann die Produkte in der Auffassung der Abnehmer differenzieren ¹⁾.

Soweit es sich bei der Differenzierung um eine gefühlsmäßige handelt, wird die Wirkung sicherlich auf den Endverbraucher am stärksten sein und insbesondere auf Markenwaren zutreffen. Sie wächst oder vermindert sich mit der technischen Informiertheit des Käufers. Sie kann aber auch nicht bei Lieferungen an Weiterverarbeiter außer acht gelassen werden, da es keine besondere Gattung Mensch, den "Homo oeconomicus" gibt ²⁾.

Auch der Unternehmer reagiert vielmehr grundsätzlich wie andere Menschen. Er unterscheidet

1) KRUSCHE, 'Marktverhalten und Wettbewerb. Eine Untersuchung zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen', S. 37

2) SCHMÖLDERS, 'Volkswirtschaftslehre und Psychologie', S. 41

sich lediglich durch besondere Kenntnisse vom wirtschaftlichen Verhalten seiner Umwelt. Die Richtigkeit dieser Feststellung wird dadurch untermauert, daß auch die an Weiterverarbeiter gerichtete Werbung von Herstellern sich zunehmend nicht nur auf technische und ökonomische Sachverhalte richtet, sondern versucht, den Käufer psychologisch anzusprechen.

Liegt in einer Branche ein solcher Fall der Produktdifferenzierung vor, so kann die Ware des Anbieters A trotz objektiver Gleichartigkeit von den Abnehmern höher bewertet werden, als die Waren des Anbieters B. Diese subjektive Wertung der Abnehmer ist in der Regel im Markt bekannt. Bekannt ist meist auch die Folge, daß die Preise der weniger renomierten Firma einen gewissen v.H.-Satz unter denen des besonders gut renomierten Unternehmens zu liegen pflegen. Will nun ein Anbieter C dem Abnehmer einen Preis machen, so muß er, wenn er ein objektives Bild von der Marktlage haben will, wissen, ob es sich um den Preis von A oder B handelt. Wird er selbst ebenso hoch bewertet wie der Anbieter A, wird es ausreichen, wenn er einen Preis macht, der zwischen den Preisen von A und B liegt. Wird er etwa so gewertet wie B, wird er noch unter dessen Preis gehen müssen, wenn seine Wettbewerbsmaßnahme Aussicht auf Erfolg haben will.

Nicht zu unterschätzen ist ferner das Problem der Lieferfristen bei starker Nachfrage. Ein Anbieter, der sofort liefern kann, wird einen höheren Preis erzielen können als ein Lieferant mit langen Lieferfristen. Unter diesem Gesichtspunkt ist auch von entscheidender Bedeutung, ob der Hersteller auf Lager produziert, was mit erheblichen Lagerkosten verbunden ist, oder ob er nur den jeweils vorliegenden Bedarf herstellt, was die Lagerkosten vermindert, die Lieferfristen aber verlängern kann.

Sofern sich nun der Informationsaustausch nicht auf diese Tatsachen erstreckt, sind alle diese Einzelheiten zwar nicht aus der Identifizierung ablesbar, sie sind jedoch in der Regel im Markt wenigstens in groben Umrissen bekannt. Hierbei hilft dem Anbieter seine Markterfahrung, die ihn gelehrt hat, daß er beim Abnehmer nur Chancen hat, wenn er um $y\%$ unter den Preis des Wettbewerbers A geht oder umgekehrt, daß der Abnehmer Z auch dann noch von ihm beziehen wird, wenn sein Preis $y\%$ über dem des Wettbewerbers B liegt.

Nach alledem wird man jedenfalls in Deutschland sagen müssen, daß die Regel eher für die Notwendigkeit der Identifizierung der Lieferanten spricht. Kein Bedürfnis bestünde lediglich dann, wenn alle Wettbewerber in ihrer Marktbedeutung gleich sind, wenn keinerlei Produktdifferenzierung im weitesten Sinne vorliegt, wenn die Kundenberatung und Betreuung bei allen Lieferanten gleichwertig ist und von den Abnehmern als gleichwertig angesehen wird. Ferner dürfen die Frachtwege im Falle von "ab Werk" Lieferungen keine nennenswerten Unterschiede aufweisen.

Bestehen auch nur in einigen der oben genannten Punkte Differenzierungen, so sind die Preise nicht vergleichbar. Sie können jedoch vergleichbar werden, wenn der Lieferant mitgenannt wird. Wenn trotz dieses nahezu unabweisbaren Bedürfnisses in Deutschland die Lieferanten verhältnismäßig selten identifiziert werden, so liegt dies daran, daß der deutsche Unternehmer noch wenig geneigt ist, seine Karten vollständig aufzudecken.

4. Informationsbedürfnis für zukünftige Marktdaten

Die Informationsbedürfnisse des Unternehmers beschränken sich nun nicht auf das was gewesen ist. Eine langfristige Planung erfordert vielmehr auch eine Voraussicht des Kommenden. Eine solche Information über die Zukunft ist nun exakt nicht möglich. Immerhin gibt es jedoch Daten, die in die Zukunft weisen. So kann ein Wettbewerber eine Preisliste herausgegeben haben, die von einem zukünftigen Zeitpunkt ab in Kraft treten soll. Das Informationsbedürfnis hieran liegt auf der Hand, da schon das Bekanntwerden einer zukünftigen Preisänderung im Abnehmermarkt erhebliche Marktreaktionen auszulösen in der Lage ist. So führt, wenn die Abnehmer beweglich genug sind, die Ankündigung einer Preisherabsetzung dazu, daß sie mit Aufträgen, soweit möglich, zurückhalten, um zu den demnächst gültigen ermäßigten Preisen zu beziehen. Wird eine Preiserhöhung angekündigt, so führt dies zu einer Auftragskumulierung, da jeder Abnehmer den Wunsch hat, sich noch weitgehend zu den günstigeren alten Preisen einzudecken.

Ferner besteht ein Informationsbedürfnis auch an solchen Absichten der Wettbewerber, die noch nicht in den Markt gelangt sind. Diese können zwar noch keine Marktreaktionen auslösen. Das Informationsinteresse der Wettbewerber ist jedoch deshalb gegeben, weil sie sich bei frühzeitiger Kenntnisaufnahme von einem bevorstehenden Ereignis ruhiger und besser auf das Kommende einstellen können und ihre Reaktion schon wegen der längeren Überlegungsfrist besser abwägen können. Hinzu kommt, daß, jedenfalls bei größeren Firmen, Marktreaktionen nicht schlagartig erfolgen können, da sie im allgemeinen erheblicher technischer interner Vorbereitungen bedürfen.

Diese Bedürfnisse können im Rahmen eines Informationsaustauschvertrages jedoch nur durch die Vereinbarung einer Wartezeit oder waiting period befriedigt werden. Diese, namentlich in älteren amerikanischen OP-Systemen übliche Klausel bedeutet, daß jeder Wettbewerber Wettbewerbsmaßnahmen erst eine gewisse Zeit nach ihrer Bekanntgabe vornehmen darf.

Fehlt es nämlich an einer solchen Vereinbarung, so ist es dem Wettbewerber unbenommen, etwa eine Preisliste erst dann den Wettbewerbern bekanntzugeben, wenn sie auch in den Markt gelangt, d.h. wenn sie auch den Abnehmern zugänglich gemacht wird. In den meisten untersuchten Verträgen war festgelegt, daß die Informierung gleichzeitig an Wettbewerber und Abnehmer zu erfolgen hatte.

D. Die Beeinflussung des Marktes

I. Einleitung

Die Folgen umfassender Informationen über Preise, Umsätze, Marktbedeutung der Kunden usw. sind noch weitgehend ungeklärt, und es dürfte wohl kaum gelingen, allgemein gültige Aussagen zu machen. Die Schwierigkeit liegt darin, daß es kaum möglich ist zu erkennen, ob ein Marktgefüge oder eine Marktbewegung im Einzelfall durch den IA oder andere Marktgegebenheiten bedingt sind. Zudem sind die Erfahrungen in anderen Ländern als in den USA gering. Diese Erfahrungen sind jedoch wegen der völlig anderen Wettbewerbs- und Marktsituation nur beschränkt übertragbar ¹⁾.

1) vgl. KRIEGER, 'Das Recht der Informationsaustauschverträge in den USA und in Deutschland', WuW 1963, S. 471 ff.

Immerhin lassen sich unter Zugrundelegung rationalen Handelns gewisse logische Folgerungen ziehen und durch Beobachtung einer Vielzahl von Informationsverfahren gewisse Gesetzmäßigkeiten erkennen. Hierbei tritt jedoch eine besondere Schwierigkeit noch dadurch auf, daß einzelne Folgen darauf beruhen können, daß neben dem IA im Einzelfall Wettbewerbsbeschränkungen bestehen, die die reinen Folgen des IA verfälschen. Der IA kann in diesen Fällen einmal lediglich dazu dienen zu verschleiern, daß ein gleichförmiges Preisgefüge auf eine Wettbewerbsbeschränkung zurückzuführen ist. Er kann ferner dazu mißbraucht werden, die Durchführung von Preisabsprachen zu kontrollieren. Dies gilt -wie unten gezeigt wird- insbesondere für die in den USA untersuchten OP-Systeme, namentlich die, die in der Zeit des NRA abgeschlossen wurden ¹⁾. Derartige Wettbewerbsbeschränkungen sind jedoch den sonstigen Marktgegebenheiten zuzurechnen und haben logisch nichts mit der Durchführung des IA zu tun ²⁾.

Der IA dient in seiner lautereren Form der Kenntnis des Marktes. Rationales Handeln vorausgesetzt, ist also alles das als Folge des IA anzusehen, was aus der Kenntnis des Marktes resultiert, wobei jedoch alle Marktgegebenheiten untersucht werden müssen. Als unbekannte Größe ist ferner die unternehmerische Intuition einzusetzen. Die Reaktionen des oder der einzelnen Unternehmer oder Industriezweige können bei scheinbar gleichen Daten, die der IA liefert, durchaus verschieden sein; sie können vielfach nicht zuletzt auf betriebsinterne Gegebenheiten zurückgeführt werden.

1) vgl. zur Politik der NIRA: PICKEL, Preismeldestellen und Kartellverbot in BB 1963, S. 699 ff.

2) vgl. MENZE, 'Open-Price-System', WuW 1958, S. 98

1. Preissteigerung ?

Nach einer Notiz des Handelsblattes ¹⁾ hat der Präsident des Bkarta, Dr. GÜNTHER, auf der achten bayrischen Juniorentagung in Würzburg zu den Preismeldestellen der Bundesrepublik, -die er auf etwa hundert schätzt- erklärt, daß sie alle einen Preistrend nach oben zeigten und objektiv geeignet erschienen, die individuelle unternehmerische Entscheidung zu behindern und den Wettbewerb zu beeinflussen. Unterstellt, daß die Kostenlage der einzelnen Unternehmen nicht zu einer Preissteigerung zwingt und daß keinerlei wettbewerbsbeschränkende Absprachen vorliegen, ist diese Behauptung logisch nicht zu begründen.

Ihr widersprechen ferner vorliegende amerikanische statistische Unterlagen. 24 Open-Price-Systeme wiesen nämlich in der Zeit von 1926 bis 1933 -der Zeit der Weltwirtschaftskrise- einen Preisverfall von 40,2 % auf. Dem stand ein Absinken der nicht dokumentierten Preise in 52 anderen Industriezweigen von 40 % gegenüber ²⁾. Hier zeigt sich also die völlige Marktkonforme Entwicklung der dokumentierten Preise. Andererseits gelangt CLARK ³⁾ im Gegensatz zu GÜNTHER sogar zu dem Ergebnis, daß es im Rahmen eines Open-Price-Systems besonders schwierig sei, eine Preiserhöhung durchzuführen.

Die bei MESTMÄCKER festgestellten Fälle marktungemessen hoher Preise zeigen demgemäß auch, daß immer neben dem Austausch von Marktdaten wettbewerbsbeschränkende Abreden oder doch eine massive "Seelenmassage" durch die Verbandsfunktionäre oder

1) Nr. 191 v. 4.10.1960

2) BURNS, 'The Decline of Competition', S.499;
vgl. Tabelle 4 im Anhang

3) 'Toward a Concept of workable competition',
S. 241 - 256

betreuenden Beratungsfirmen vorlag ¹⁾).

MESTMÄCKER führt an verschiedenen Stellen derartige (nach USA-Recht für sich allein nicht verbottene) psychologische Einflüsse auf, die hier wegen ihrer besonderen Bedeutung wiedergegeben werden sollen.

So heißt es auf Seite 94 ff.:

"Wenn man keine unmittelbar wettbewerbsbeschränkenden Verträge abschließen, sondern es der geläuterten Einsicht der Beteiligten überlassen möchte, sich 'vernünftig' zu verhalten, ist die 'Erziehung' der Verbandsmitglieder zu dem Geist der Zusammenarbeit oft wichtiger als die ausgetauschten Informationen (siehe BURNS, Decl. of Comp. S. 66 für direkte Versuche, die Produktion zu beschränken; auch WHITNEY, Trade Assoc., S. 72). Der Präsident des im Jahre 1927 gegründeten Institut of Carpet Manufacturers betrachtet es z.B. als seine vornehmste Aufgabe, die in seinem Verband zusammengeschlossenen Teppichhersteller 'zum Verständnis gewisser Notwendigkeiten einer fruchtbaren Verbandsarbeit zu erziehen' ²⁾. Ein Beobachter der Teppichindustrie ³⁾ bestätigt, wie wichtig und wirksam die in Aussicht genommene Erziehung war. 'Die Art, in der die Zahlen und Tatsachen dargeboten und analysiert wurden und die nimmermüde Einflußnahme des Verbandsleiters (auf die Mitglieder), dem diese Arbeit obliegt, waren wahrscheinlich ebenso wichtige Faktoren (für die Stabilisierung des Marktes), wie die Zahlen und Tatsachen selbst'".

1) MESTMÄCKER, Dissertation S. 94

2) zit. nach WHITNEY, Trade Associations, S. 78⁴⁾

3) A.F. ALLISON, in American Trade Association Executives: Proceedings and Addressees, 1929 S. 98/99, zit. nach WHITNEY, Trade Associations, Seite 794)

4) beide zitiert nach MESTMÄCKER, Diss. S.94

Diese massiven Einflußnahmen auf die Mitglieder sind selbstverständlich geeignet, auf die Marktverhältnisse dadurch einen Einfluß auszuüben, daß sie auf einen Wettbewerbsverzicht der Teilnehmer hinwirken und höhere Preise veranlassen. Mit dem reinen IA haben sie jedoch nichts zu tun. Der IA dient lediglich dazu, durch Sammlung, Verarbeitung und Auswertung von Marktdaten Marktkennntnis zu verschaffen. Schlußfolgerungen aus diesen Daten zu ziehen, ist ein erster und die Einflußnahme auf den Willen, Wettbewerb zu treiben, ein weiterer Schritt darüber hinaus. Beide haben mit der Ermittlung von Tatsachen nichts zu tun. Diese Beispiele zeigen aber auch, daß es zur nachhaltigen Erhöhung der Preise und zur Veranlassung eines Wettbewerbsverzichtes nicht ausreicht, lediglich Tatsachen zur Verfügung zu stellen.

22 untersuchte deutsche IA-Systeme zeigten dementsprechend unterschiedliche Preistendenzen.

Obwohl in den Jahren 1960/61 erhebliche Kostensteigerungen insbesondere durch Fracht- und Lohn erhöhungen zu verzeichnen waren, hat eine nicht unerhebliche Anzahl von Branchen Preissenkungen, ausgelöst durch das Vorgehen einzelner Firmen, zu verzeichnen gehabt. Der Rest ist im wesentlichen preislich konstant geblieben. Preiserhöhungen sind nur in kleinem Umfang erfolgt ¹⁾.

Diese Feststellung deutet auf die Richtigkeit der von BEHRENS ²⁾ bestätigten Auffassung von CLARK ³⁾ hin, daß es besonders schwierig sei, bei Bestehen eines OPS die Preise zu erhöhen. Immerhin ist andererseits nicht ausgeschlossen, daß unter erheb-

1) vgl. auch Tabellen 1 - 3 im Anhang

2) 'Das Open-Price-System' in WRP 1958, S.109

3) 'Toward a Concept of workable competition', S. 241 - 256

lichem Selbstkostendruck oder bei sehr starker Nachfrage, also ohne Einfluß des IA eine Preiserhöhung erfolgt.

Hierbei sind jedoch wegen des Fehlens entsprechender Unterlagen Qualitätsveränderungen, sowie alle anderen Marktgegebenheiten, wie Kostensteigerungen, Veränderungen des Verhältnisses zwischen Angebot und Nachfrage unberücksichtigt geblieben. Immerhin zeigt sich jedoch, daß ein IA notwendigerweise -nur wegen seines Bestehens- weder zu Preissteigerungen noch zu Preisermäßigungen führen muß. Damit ist andererseits auch gezeigt, daß er das Marktspiel nicht zu verfälschen vermag, da die unterschiedliche Entwicklung einen allen Informationsaustauschsystemen gemeinsamen Trend ausschließt.

2. Einheitliche und konstante Preise ?

Einheitliche Preise liegen dann vor, wenn mindestens mehrere Personen den gleichen Preis berechnen, Konstante Preise sind solche, die sich über längere Zeiträume nicht ändern. Da also zwischen diesen beiden Begriffen ein logischer Unterschied besteht, sollen sie, entgegen weit verbreiteter Übung, zunächst getrennt behandelt werden.

a) Einheitliche Preise ?

FIKENTSCHER, der das 'OPS' grundsätzlich für zulässig hält ¹⁾, sieht in ihm eine Abart des gleichförmigen Verhaltens ²⁾. Da er gleichförmiges Verhalten schon dann annimmt, wenn zwei Verkäufer ihrer Kalkulation

1) 'Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz', S.62

2) a.a.O., S. 56

den gleichen Preis zugrunde legen, dürfte es in der Tat kaum einen IA geben, der nicht zu gleichförmigem Verhalten in diesem Sinne führt. Eine Folge kann jedoch -hierauf weist BEHRENS ¹⁾ mit Recht hin- niemals eine Unterart sein. Darüber hinaus sei darauf verwiesen, daß gleichförmiges Verhalten im rechtstechnischen Sinne noch nicht mit einheitlichen Preisen identifiziert werden kann, da man von einheitlichen Preisen wohl nur sprechen kann, wenn alle, wenigstens aber eine in's Gewicht fallende Mehrheit von Teilnehmern den gleichen Preis berechnen. MENZE ²⁾ stellt fest, daß ein IA durch Kenntnis des Marktverhaltens der Wettbewerber zu einer gewissen Gleichförmigkeit führen kann. Zu dem gleichen Ergebnis kommt KRAHE ³⁾, der den gleichen Preis für die Regel hält, sofern eine vergleichbare Ware und genügender Wettbewerbsdruck vorliegen. MACHLUP ⁴⁾ führt die gleichen Preise darauf zurück, daß durch das OPS Betrügereien ausgeschlossen werden. Das Bundeskartellamt hat anlässlich der Prüfung des Rabattkartells der deutschen keramischen Wand- und Bodenfliesenwerke festgestellt, daß eine starke Markttransparenz zur Angleichung der Preise führen könne ⁵⁾. Der IA dient aber eben dieser Markttransparenz. Dies gilt umsomehr bei starkem Wettbewerbsdruck, der auch nach der Auffassung des Bundeskartellamtes für sich allein schon zu Preisangleichungen führen kann.

Die Forschungsergebnisse in den USA sind trotz der jahrzehntealten Erfahrungen unterschiedlich. Die Wirtschaftswissenschaft der USA nahm zunächst an,

-
- 1) 'Zur Zulässigkeit des Open-Price-Systems nach dem GWB' in WRP 1960, S. 58
 - 2) 'Open-Price-System' in WuW 1958, S.101
 - 3) 'Kartellbegriff', WuW 1959, S. 617
 - 4) 'The Political Economy of Monopoly', S.108
 - 5) 'Bericht 1959', S. 22

daß der Austausch statistischer Daten automatisch zu einheitlichen und stabilen Preisen führt ¹⁾.

Demgemäß haben die amerikanischen Gerichte nur bei bestehender Marktmacht einheitliche und konstante Preise als Indiz für wettbewerbsbeschränkende Abkommen gesehen ²⁾. Im Regelfall neigte der Supreme Court jedoch dazu, einheitliche und konstante Preise in Industrien, in denen den Wettbewerbern statistische Daten zur Verfügung standen, als natürliches Ergebnis vollständiger Konkurrenz zu werten ³⁾.

MESTMÄCKER ⁴⁾ rügt zunächst an dieser Feststellung, daß man nicht den Gleichgewichtspreis der Theorie auf die Wirklichkeit der Märkte übertragen könne. Zur Einheitlichkeit der Preise stellt er fest, daß die Unvollkommenheit des Marktes gegenüber der Börse Einheitlichkeit des Preises unmöglich macht. Diese Unvollkommenheit sieht er einmal in der fehlenden Homogenität der Güter, zum anderen sei die Markttransparenz allein durch die selten sofortige Übermittlung der Preisdaten verzögert. Die Verspätung der Übermittlung der Preisdaten kann jedoch nur dann ein einheitliches Preisniveau zunichte machen, wenn den Wettbewerbern keine Zeit bleibt, sich auf das gemeldete Preisdatum einzustellen. Insofern hängt die Einheitlichkeit der Preise eng mit ihrer Konstanz zusammen.

Es kann nicht verkannt werden, daß es nur schwer möglich ist, ohne wettbewerbsbeschränkende Absprache täglich die Preise einheitlich, sei es generell, sei es im Einzelfall, zu ändern, sofern nicht

1) MESTMÄCKER, Diss. S. 114 unter Hinweis auf SHARFMAN, S.S.R. 16 Americ. Ecc. Rev. Supp. 20, 208 (1926); Department of Commerce, Trade Associations, S. 3 (Hoover; Nat. Ind. Conf. Board, S. 79;) s. auch FTC, Open-Price-Associations, S. 78.

2) vgl. MESTMÄCKER, a.a.O., S. 130

3) MESTMÄCKER, a.a.O., S. 113

4) a.a.O., S. 115 ff.

jeder Preis sofort telefonisch durchgegeben wird. Je konstanter das Preisniveau jedoch ist, umso weniger bedarf es sofortiger Übermittlung, um ein einheitliches Preisniveau zu erhalten. Im Laufe der Zeit wird sich nämlich jeder Wettbewerber auf die Wettbewerbsdaten einstellen.

Bei bestehender Homogenität der Güter und Konstanz der Preise dürfte Einheitlichkeit also die Regel darstellen, sofern es sich eine Firma nicht leisten kann, höhere Preise zu verlangen, ohne eine Umsatzeinbuße verzeichnen zu müssen.

b) Konstante Preise ?

Oben wurde schon festgestellt, daß die Wirtschaftswissenschaft der USA der Auffassung war, daß der Austausch statistischer Daten nicht nur zu einheitlichen, sondern auch zu stabilen Preisen führen kann und daß dies auch von der amerikanischen Rechtsprechung anerkannt wird. MESTMÄCKER ¹⁾ rügt daran, daß die Voraussetzung für diese Theorie -viele einflußlose Marktbeteiligte, das Angebot eines homogenen Produktes und ein vollkommen übersehbarer Markt bei Unveränderlichkeit der übrigen Marktfaktoren- in der Wirklichkeit nicht anzutreffen sei, da sich die Umstände fortwährend ändern. Es bestehe lediglich die Tendenz zum Gleichgewicht. Demgemäß zeige die Börse zwar einen einheitlichen, nie aber einen konstanten Preis.

MESTMÄCKER erkennt hierbei jedoch die Wirkungen der Trägheit, die dem Markt im Gegensatz zur Börse gegeben ist. Für die Trägheit oder fehlende Reaktion der Konkurrenten auf eine Marktveränderung

1) a.a.O., S. 115 ff.

ist einmal die sogenannte Fühlbarkeit der Marktveränderung entscheidend. In der Preistheorie nennt man eine Marktveränderung für eine Firma fühlbar, wenn sie einen bestimmten Schwellenwert überschreitet, so daß sie bei der Genauigkeit, mit der die Firma kalkuliert, ein Objekt der Überlegungen der Geschäftsleitung wird ¹⁾. Marktveränderungen, die unterhalb dieser Schwelle liegen, vermögen keine Reaktion auszulösen. Der Preis bleibt konstant. Wegen des fehlenden Einflusses der Wettbewerber untereinander und der geringeren Marktübersicht ist dieser Schwellenwert im vollkommenen Markt natürlicherweise höher, als bei oligopolistischer Struktur. Je höher der Schwellenwert ist, desto breiter ist die Gleichgewichtszone innerhalb derer Marktveränderungen keine Preisänderungen hervorrufen.

Auf den Märkten der Wirklichkeit, die weit vom Modell des vollkommenen Wettbewerbs entfernt sind, bildet sich ferner nach den Erkenntnissen der modernen Preistheorie auch oberhalb der Fühlbarkeit an Stelle eines einzigen Gleichgewichtspunktes wie beim Monopol und beim Polypol ein ausgedehnter Gleichgewichtsbereich, wobei jeder Punkt dieses Bereiches ein stabiler Gleichgewichtspunkt ist. Ohne Vereinbarungen erfolgen innerhalb dieses Bereiches keine Veränderungen, sofern die Gleichgewichtszone nicht verlassen wird ²⁾, es sei denn, daß ein Produzent aus Irrtum über die tatsächliche Lage oder aus anderen Gründen gegen sein Gewinninteresse handelt und den Preis ändert, der sich dann an einem anderen Gleichgewichtspunkt im Gleichgewichtsbereich festsetzt ³⁾. Erst wenn

1) KRELLE, 'Preistheorie', S. 12 u. 85

2) KRELLE, a.a.O., S. 263 ff.

3) a.a.O., S. 264

der Gleichgewichtsbereich sich verändert, etwa durch Kostenerhöhungen oder Nachfrageänderungen, so kommen die Preise in Bewegung, sofern sie außerhalb des Gleichgewichtsbereiches geraten ¹⁾.

Der Einfluß der Marktkennntnis muß demnach unterschiedlich sein, so daß es nicht wundert, daß die FTC nach MESTMÄCKER ²⁾ keine isolierte Wirkung feststellen konnte und daß die NRA ³⁾ keinen Preisbildungsfaktor für die größere Stabilität in Industrien mit einem OPS isolieren konnte.

Fraglos führt nämlich eine Verengung der Stabilitätszone leichter zu Preisbewegungen, da schon geringere Marktveränderungen ausreichen, die Preise jenseits der Grenzen der Stabilitätszone geraten zu lassen. Da Marktkennntnis die Fühlbarkeitsschwelle herabsetzt, wird der Gleichgewichtsbereich verengt. "Bei geringerer Kennntnis der Beteiligten erweitert sich das Gleichgewichtsgebiet" ⁴⁾. Daraus folgt, daß durch weitgehende Markttransparenz die Preise zwar einheitlicher werden, daß die Tendenz jedoch dahin geht, daß die Preise relativ unstabiler, d.h. sensibler für Markteinflüsse werden. Wie stabil oder labil sie objektiv werden, hängt nun wieder von der Art des Marktes ab. Nähert sich die Marktform dem Polypol (vollkommene Konkurrenz), so nähert sich die Stabilitätszone 0 und fällt mit dem Polypolpunkt zusammen ⁵⁾. Die Verengung des Stabilitätsbereiches und damit die stärkere Labilität der Preise durch Markttransparenz wird also verstärkt oder vermindert durch die Marktform.

1) KRELLE, a.a.O., S. 266 ff.

2) Diss., S. 117'

3) MESTMÄCKER, S. 118

4) KRELLE, a.a.O., S. 279

5) KRELLE, a.a.O., S. 502

Schon diese wenigen aufgezeigten Haupteinflüsse zeigen, wie schwierig es ist, eine allgemeine Aussage zu machen. Selbst wenn ein der vollkommenen Konkurrenz angenäherter Markt mit weitgehender Transparenz, also einer engen Stabilitätszone und dadurch bedingter starker Labilität der Preise vorliegt, so ist nicht unbedingt gesagt, daß das Verlassen der Stabilitätszone durch Markteinflüsse zu Reaktionen führt, da die einzelnen Unternehmer von unterschiedlicher Reaktionsträgheit sind. Diese Reaktionsträgheit kann durch vielfältige Gegebenheiten bedingt sein, die bei technischen Schwierigkeiten einer Preisänderung zumal in Großbetrieben anfangen und bei der Überlegung aufhören, daß der Abnehmer eine halbwegs stabile Kalkulationsgrundlage haben muß. In der heutigen, auch kaufmännisch durchrationalisierten Wirtschaft ist es einfach undenkbar, täglich jedem geringfügigen Markteinfluß folgend, die Preise zu ändern. Ein unter modernen Gesichtspunkten geführtes Unternehmen geht davon aus, daß diese Markteinflüsse sich im wesentlichen auf die Dauer gesehen aufheben und daß somit das Auffangen verteuender Markteinflüsse ausgeglichen wird durch die Nichtweitergabe preisermäßigender Einflüsse. Erst wenn eine langdauernde nachdrückliche Tendenzverschiebung festzustellen ist, pflegt eine Firma anders als die Börse, die schon Gerüchte verzeichnet, zu reagieren. Durch diese, durchaus nicht negativ zu beurteilende Trägheit, die in der Wirtschaft allein eine ordnungsgemäße Kalkulation ermöglicht, werden auch geringere Homogenitätsunterschiede ausgeglichen und es besteht die Wahrscheinlichkeit, daß sich während der eingetretenen Konstanzperiode auch die Preisunterschiede der Wettbewerber angleichen und sich an einem gemeinsamen Stabilitätspunkt in der Stabilitätszone einpendeln.

Diese theoretischen Erkenntnisse bestätigen also die praktischen Ergebnisse von KRAHE und MENZE (s.o.). Eine Rolle für die Weite der Stabilitätszone und damit die Stabilität des eingependelten Preises und seine Höhe stellt die Anhebung der Risikofreudigkeitsschwelle durch einen IA dar, auf die im folgenden eingegangen wird.

3. Schutz vor Fehlentscheidungen

Das moderne Wirtschaftsleben hat sich ungeheuer kompliziert. Diese Entwicklung ist von GÜNTHER ¹⁾ eindrucksvoll zusammengefaßt vorgetragen worden. Die Komplizierung geht so weit, daß man in der freien Welt annimmt eine zentrale Planung sei nicht möglich, es könne vielmehr lediglich durch Selbststeuerung des Marktes zu bestmöglicher Effektivität kommen ²⁾. Die Antriebe dieser Selbststeuerung werden im Gewinnstreben der Unternehmer gesehen. Als vielleicht überspitzteste Formulierung sei ein von NAWROTH ³⁾ zitiertes Wort SCHREIBERS angeführt:

"In der Preisgerechtigkeit des vollständigen Wettbewerbs lasse sich eine gewisse immanente Ethik, ein gewisser Automatismus der Gerechtigkeit zum guten Ende hin -als ein Gnadenakt Gottes vielleicht- feststellen".

Richtige Entscheidungen werden mit Gewinnen, falsche Entscheidungen mit Verlusten, die bis zum Verlust der wirtschaftlichen Existenz gehen können, bestraft. Unkenntnis der richtigen Markttatsachen und der wahren Zusammenhänge des wirtschaftlichen Geschehens führen aber in aller Regel zu falschen

1) 'Wettbewerbsfreiheit und Unternehmertum', WuW 1958, S. 380

2) vgl. NAWROTH. 'Die Sozial- und Wirtschaftsphilosophie des Neoliberalismus', S. 273 ff., insbesondere S. 301

3) a.a.O., S. 395

Entscheidungen ¹⁾. Die Wichtigkeit der richtigen Marktkennntnis für den Unternehmer liegt so auf der Hand, daß hierüber kein weiteres Wort zu verlieren ist.

Im folgenden sollen lediglich einige Aspekte für den Wettbewerb, insbesondere für die Wettbewerbsmöglichkeiten kleinerer Firmen, aufgezeigt werden.

Neue Impulse des Wettbewerbs sind schon für sich mit erheblichen Risiken belastet, da die zukünftige Reaktion des Marktes (Wettbewerber- und Abnehmerreaktion) nur geschätzt werden kann. Ohne Kennntnis der bisherigen Marktentwicklung wird dieses Risiko erheblich gesteigert. Der Gesamtbedarf des Marktes ist unbekannt; die Investition von Mitteln zur Schaffung einer größeren Kapazität oder Aufnahme eines neuen Typs in der Hoffnung auf eine Kostendegression durch größeren Umsatz bietet damit keine Gewähr für Rentabilität. Marktforschungsaufträge können diese Ungewißheit mindern. Einmal sind die entsprechenden Institute aber auf das vorhandene Zahlenmaterial angewiesen, das sie lediglich durch Verbraucherbefragungen ergänzen können. Auch diese Ergebnisse hängen also davon ab, welches Tatsachenmaterial die Auftragsfirma zu liefern vermag. Die Marktkennntnis großer Firmen ist nun naturgemäß größer als die von kleinen Firmen oder von neuen Wettbewerbern. Sind also Marktforschungsaufträge wegen ihrer großen Kosten schon größeren Firmen vorbehalten, so kommt noch hinzu, daß bei kleinen Firmen die Richtigkeit des Ergebnisses wegen des geringer vorliegenden Tatsachenmaterials zweifelhafter ist als Markterhebungen für größere Firmen.

1) KRAHE, 'Kartellbegriff und Rechtssicherheit' in WuW 1959, S. 618

Das Risiko der Fehlentscheidung ist also für die größere Firma geringer als für die kleinere. Hinzu kommt das Risiko, das mit jeder Marktentscheidung verbunden ist, auch wenn die erforderlichen Tatsachen bekannt sind. Schon mit einer Entscheidung, die für den Gesamtmarkt von geringer Bedeutung sein kann, setzt der kleinere oder mittlere Unternehmer unter Umständen seine gesamte Existenz auf's Spiel, während der große Unternehmer mit einem vielgestaltigen und zahlreichen Angebot lediglich Verluste einer Betriebsabteilung riskiert, die durch Gewinne anderer Abteilungen gedeckt werden können. Fehlentscheidungen wirken sich also beim kleinen Unternehmer gefährlicher aus.

Die größere Firma vermag also einmal das Risiko einer Marktentscheidung durch bessere Marktkennntnisse zu verringern und zum anderen ist das immer noch eingegangene Risiko nur selten existenzgefährdend.

Die Vermittlung von Marktkennntnis -also der IA- vermag das Risiko eines neuen Wettbewerbsimpulses insbesondere der kleineren Firma nicht abzunehmen; aber das Risiko wird kalkulierbar. Durch den IA wird es um soviel geringer, wie der IA Marktkennntnis vermittelt. Die beim einzelnen Unternehmer als feste subjektive Größe anzunehmende Risikobereitschaft kann sich auf den neuen Impuls für den Wettbewerb konzentrieren. Durch die Verminderung des Risikos bei der Ermittlung der Marktkennntnis wird also die Schwelle der Betriebsgröße für eine verantwortungsbewußte Risikoübernahme herabgesetzt. Das bedeutet eine Vergrößerung der Zahl der möglichen Innovatoren. Der kleineren Firma wird ermöglicht, sich die Marktkennntnisse zu verschaffen, für die ihr bisher der Überblick fehlte. Die Kennntnisse großer Firmen werden genauer.

Damit ist eine Fehlerquelle -die falsche Abschätzung des gegenwärtigen Marktes- so stark verringert, wie die Aussagekraft des IA geht. Es bleibt die Ungewißheit der Abschätzung des zukünftigen Marktes, für die sich aus der Beobachtung der bisherigen Marktentwicklung wertvolle Rückschlüsse ziehen lassen.

Wie entscheidend die Kenntnis des gesamten Marktes ist und wie wenig die Kenntnis der eigenen Fakten ausreicht, wurde oben gezeigt ¹⁾.

Die dort aufgeführten Beispiele machen auch deutlich, daß der wenig risikofreudige Unternehmer es lieber beim "bewährten alten" belassen wird. Er scheidet als Innovator, der den Wettbewerb vorantreibt und damit der weiteren Entwicklung, also dem Verbraucher dient, aus. Während die Freiburger Schule das Problem der Marktkennntnis kaum beachtet ²⁾ und sich mit einer Fiktion begnügt ³⁾, hat sowohl die moderne Produktionstheorie ⁴⁾ als auch die moderne Preistheorie ⁵⁾ Begriffe wie Unsicherheit, Ungewißheit und Risiko entwickelt und versucht sie in ein umfassendes System einzubauen. Die Durchleuchtung dieses Problemkomplexes leitet die Krise des Neoliberalismus ein. KADE ⁶⁾ spricht schon von einer Revision des traditionellen Denkmodells. Welcher Aufwendungen es bedarf, um das Risiko einer Marktentscheidung auf ein unternehmerisch vertretbares Maß zurückzuführen, zeigt KRELLE im 16. Kapitel seiner Preistheorie ⁷⁾. Die Programmierung setzt Kenntnisse der Matrix- und Determinantenrechnung, sowie Kenntnisse aus der Theorie der quadratischen Formen voraus und ist nur mit Hilfe von Rechenautomaten durchführ-

1) vgl. Abschnitt C

2) vgl. MENZE, 'Unternehmerische Zusammenarbeit', S.14

3) KADE, 'Unternehmerentscheidung bei vollkommener und unvollkommener Information', S.66

4) vgl. KADE, a.a.O., S. 71

5) vgl. KRELLE, 'Preistheorie', S. 588 ff.

6) a.a.O., S.77

7) a.a.O., S. 588 ff.

bar. Es liegt auf der Hand, daß derartige Möglichkeiten nur den größten Firmen gegeben sind. Kleinere Firmen müssen, sofern sie sich nicht sklavisch an die Marktpolitik eines Größeren anschließen wollen, schätzen. Wie richtig diese Schätzungen zu sein pflegen, zeigt das Strafregister der neo-liberalen Schule, die Konkursstatistik ¹⁾. Ein Teil davon mag sicher auf fehlende "Rationalität" der Entscheidung, fehlende Reaktion auf Änderungen der Marktverhältnisse oder einfach auf technisches Unvermögen zurückgeführt werden können. Insoweit ist dieser Ausscheidungsprozeß nicht nur nicht angreifbar, sondern begrüßenswert. Ein nicht unerheblicher Teil dürfte jedoch einfach auf fehlende Kenntnis des Marktes zurückzuführen sein, wobei auch das geringere Durchhaltevermögen kapitalschwacher Firmen, insbesondere von Einprodukt-Unternehmen gegenüber Großkonzernen bei Fehlentscheidungen eine Rolle spielen dürfte.

Die Vermittlung von Marktkennntnis ermöglicht nun auch dem kleineren Unternehmer, seine Schätzungen zu fundieren. Damit holt er einen Teil des Vorsprunges des großen Unternehmens soweit auf, wie die vermittelte Marktkennntnis reicht. Auch der verantwortliche kleine Unternehmer vermag sich nun von der Führung des Großen zu lösen. Seine aktive Risikobereitschaft wird größer.

Risikoscheu erweitert nun das oben gezeigte Gleichgewichtsgebiet in Richtung hoher Preise. Risikofreudigkeit läßt es in Richtung niedriger Preise zusammenschrumpfen ²⁾. Die durch den IA angeregte Risikofreudigkeit hat also neben der Stärkung des kleinen Wettbewerbers und der dadurch bedingten

1) siehe Tabelle 5 im Anhang

2) KRELLE, Preistheorie, S. 339

größeren Selbständigkeit auch eine preisermäßi-
gende Wirkung.

4. Wettbewerbsförderung ?

Insbesondere BEHRENS ¹⁾ und KRAHE ²⁾ weisen auf die wettbewerbsfördernden Effekte eines IA -auch in der deutschen und englischen Form ohne Publizität- hin. Die schon zitierte Äußerung von GÜNTHER ³⁾ deutet darauf hin, daß er Open-Price-Systemen wettbewerbsbeschränkende Wirkungen zulegt. Diese Divergenzen dürften jedoch weitgehend auf eine unterschiedliche Auslegung des Begriffes Wettbewerb zurückzuführen sein. Auch hier scheint einer der häufigen Fälle des Aneinandervorbeiredens vorzuliegen, das für die kartellrechtliche Diskussion besonders bezeichnend ist, sofern es sich um grundlegende Begriffe wie Wettbewerb, Wettbewerbsbeschränkung und freie Willensentschließung handelt. Um zu klären, was überhaupt wettbewerbsfördernd ist, müßte man zunächst abgrenzen, was Wettbewerb ist. An der Bestimmung des Wettbewerbsbegriffes ist schon der Gesetzgeber gescheitert und weder die volkswirtschaftliche noch die juristische Literatur, geschweige denn die Rechtsprechung haben bisher eine befriedigende Lösung gefunden, die wegen des Verbotscharakters des Kartellgesetzes eine juristisch bestimmende Formel erfordert.

Als Ergebnis der amerikanischen Bemühungen um diesen Begriff stellt NEUMEYER ⁴⁾ fest:

" Nicht einmal die vollständigste und sinnreichste Sammlung der Erfahrungen der Welt

1) 'Zur Zulässigkeit des Open-Price-Systems' in WRP 1960, S. 59 u. 'Das Open-Price-System', WRP 58, S. 107

2) 'Markttransparenz u. Betriebserfolg' WuW 1959, S. 180

3) Handelsblatt vom 4.10.1960

4) 'Monopol-Kontrolle in den USA', S. 55

auf dem Gebiete der Wirtschafts- und Rechtswissenschaft könnte dazu angewandt werden, um eine praktisch anwendbare Definition dieses Begriffes zu geben".

Daneben weist er auf die Wandelbarkeit dieses Begriffes hin, die in der Dynamik des Wirtschaftslebens begründet liegt.

" Eine vollständige Definition des Begriffes Wettbewerb oder Wettbewerbsbeschränkung aus dem Jahre 1890 würde übrigens weder die Ereignisse im amerikanischen Wirtschaftsleben decken, welche im Jahre 1953 gewöhnlich sind, noch die modernen Vorstellungen, was hierbei strafbar sein soll". ¹⁾

Wenn der Wettbewerbsbegriff auch nicht eindeutig faßbar ist, so läßt sich doch etwas darüber sagen, was die Chance einer Wettbewerbsförderung erhöht oder sie vermindert.

Hierbei wird man davon ausgehen können, daß eine Erhöhung der sich äußernden rivalisierenden Bemühung um den Kunden die Chance der Wettbewerbsförderung erhöhen wird.

Die Wirkungen einer Marktstatistik scheinen inso- weit zunächst verhältnismäßig neutral zu sein. Es werden nämlich nur allgemeine Daten offen gelegt. Der Empfänger vermag lediglich seine allgemeine Position im Markt zu erkennen. Er kann also z.B. erkennen, daß sein Umsatz zurückgeht und daß sein Preisniveau über dem allgemeinen liegt. Hieraus wird er den Schluß ziehen, daß er seine Wettbewerbsanstrengungen erhöhen muß ²⁾. Diese Anstrengung braucht nun nicht unbedingt auf preislichem

1) a.a.O., S. 55

2) vgl. KRAHE, 'Betriebserfolg' in WuW 1959, S. 182

Gebiet zu liegen. Er kann auch die Qualität verbessern oder lediglich seine Kunden besser betreuen; hierfür reicht unter Umständen schon ein häufigerer Vertreterbesuch aus. Das Ergebnis seiner Bemühungen kann er dann an den folgenden Statistiken ablesen.

Umgekehrt kann ein Unternehmen natürlich auch feststellen, daß seine Stellung im Markt so gut ist, daß es mit seinen Bemühungen um den Kunden zu Gunsten des Gewinnes nachlassen kann.

Oben ¹⁾ wurde schon gezeigt, daß allein durch Kenntnis des Marktes die Schwelle des übernehmbaren Risikos einer Innovation herabgesetzt wird. Die Zahl der potentiellen Innovatoren wird heraufgesetzt dadurch, daß das Risiko auch für kleinere Firmen tragbar oder tragbarer wird. Die Reaktion des Wettbewerbs wird besser schätzbar, da auch die anderen Marktpartner Marktkenntnis haben und damit jede der Kenntnis zuwiderlaufende Reaktion aus dem Kalkül ausscheidet oder sehr unwahrscheinlich wird. Schon eine aussagekräftige Marktstatistik wirkt also in Richtung einer Erhöhung der Möglichkeit von neuen Impulsen für den Wettbewerb.

Bei einem Preisgefüge, das dadurch gekennzeichnet ist, daß die den einzelnen Abnehmern berechneten Preise sehr unterschiedlich sind, reicht eine Marktstatistik nicht aus, um gezielten Preiswettbewerb zu treiben. Um seine Anstrengung von der Seite des Preises her zu verstärken, bedarf der Unternehmer vielmehr detaillierter Kenntnisse, um bei einem möglichst geringen Einsatz von Mitteln -also möglichst geringem Risiko- einen möglichst großen Erfolg zu erzielen. Er wird sich bei Kunden, die

1) unter D I 3

er verloren oder bei denen er weniger Aufträge zu verzeichnen hat, oder die er gewinnen will, nach der Preisstellung der Konkurrenz erkundigen, um gezielten Wettbewerb treiben zu können und nicht wahllos Angebote zu versenden, die in einem Falle zu hoch und im anderen Falle ungerechtfertigt niedrig sein können. MESTMÄCKER ¹⁾ zitiert die Klage von OPS-Teilnehmern der amerikanischen Blei-Zubehör-Industrie, die dahin geht, daß die Preismeldungen zu planmäßigen gezielten Preisunterbietungen benutzt wurden. Bei den untersuchten IA-Systemen trat ein ähnlicher Fall auf, in dem die sich geschädigt führende Firma so weit gehen wollte, die Preismeldungen für die Zukunft einzustellen (ein interessanter Fall des Versuches, den Preis zu verschleiern, um sich ein Kundenmonopol zu erhalten). Die Unterlagen boten keine Möglichkeit der Prüfung, ob hier lediglich die Absicht vorlag, den jeweiligen Kundenauftrag zu erhalten, oder ob der Wettbewerber durch planmäßiges Unterbieten vernichtet werden sollte. Jedenfalls aber zeigt sich die Möglichkeit einer effektiveren Bemühung um den Kunden, also eines effektiveren Wettbewerbs, wobei es an dieser Stelle offenbleiben kann, ob dieser Wettbewerb sogar so stark war, daß er auf einen Ausschluß anderer Wettbewerber gerichtet war ²⁾.

Besonders wettbewerbsfördernd im Sinne der Vermehrung der Zahl der Anbieter beim einzelnen Abnehmer wirkt vielfach eine Umsatzmeldestelle, sofern die Marktbedeutung der Abnehmer an alle Wettbewerber bekanntgegeben wird, gleichgültig, ob sie liefern oder nicht. Durch Vergleich der eigenen Kunden-

1) Diss. S. 77

2) vgl. FIKENTSCHER: "Allem Wettbewerb wohnt die Tendenz inne, sich selbst zu vermindern", 'Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz', S. 307 und BORCHARDT-FIKENTSCHER, 'Wettbewerb, Wettbewerbsbeschränkung, Marktbeherrschung', S. 18

liste mit der Umsatzmeldung hat der einzelne Unternehmer die Möglichkeit, ihm bisher unbekannte Kunden zu ermitteln, um sich bei ihnen um Aufträge zu bewerben, wobei unter Umständen sogar das Kundenmonopol eines Lieferanten gebrochen werden kann, das er innehatte, da es ihm bisher gelungen war, diesen Kunden den anderen Wettbewerbern vorzuenthalten. Bei einer der untersuchten Umsatzmeldestellen erfragten Lieferanten nach der Herausgabe der Umsatzliste die genaue Anschrift verschiedener Kunden, um diesen bisher unbekannten Kunden Angebote zu machen.

BEHRENS ¹⁾ schildert die Folgen eines umfassenden IA, der den Teilnehmern bisher unbekannte Kunden offenbart (Voraussetzung ist automatische Information aller Teilnehmer mit Nennung des Abnehmers) und ihre speziellen Ansprüche, Gewohnheiten und Preise offenlegt. Die Teilnehmer bekommen dadurch Einblick auch in die Gewohnheiten und Ansprüche solcher Käufer, welche ihnen verborgen geblieben wären. Sie können technische Entwicklungen, Tendenzen und Veränderungen von Gewohnheiten, die es ihnen ermöglichen, ihren Wettbewerb eng am Markt zu treiben, erfahren. Sie können einem Kunden, der sonst von ihnen nur ein Routineangebot erhalten hätte, ein auf seine Bedürfnisse abgestelltes Angebot machen. Damit wird ihnen erstmalig die Möglichkeit geboten, einem Wettbewerber Konkurrenz zu machen, der die speziellen Wünsche des Abnehmers bisher allein kannte.

Demgemäß kommt BEHRENS zu dem richtigen Schluß, daß die Verbreiterung der Wettbewerbsbasis vielfach zu einer Verschärfung des Wettbewerbs führt. Diese Verschärfung des Wettbewerbs wurde auch von

1) 'Das Open-Price-System', WRP 1958, S.107

EDDY vorausgesehen ¹⁾ und durch den Zusammenbruch zahlreicher OP-Systeme bestätigt ²⁾.

5. Oligopolisierung des Marktes ?

HEATH ³⁾ weist darauf hin, daß lediglich durch Preisinformationen bisher atomisierter Wettbewerb -also die durch Unkenntnis hervorgerufene Aufteilung des Marktes in viele kleine Monopole oder Oligopole- zu einem Markt oder doch zu stärkeren Überschneidungen der einzelnen Interessensphären führt. Die Schlußfolgerung HEATH', daß dadurch der Markt oligopolistischer werde ist lediglich dann richtig, wenn man eine gewisse Gleichförmigkeit als Oligopol ansieht. BEHRENS ⁴⁾ sagt demgegenüber mit Recht, daß gleiche Preise als solche nicht auf einen oligopolistisch beherrschten Markt schließen lassen, vielmehr auch für den Zustand vollständiger Konkurrenz kennzeichnend sind. Abgesehen davon, daß diese Wirkung -wie oben gezeigt- durchaus nicht immer einzutreten braucht, ist diese größere und augenfälligere Einheitlichkeit darauf zurückzuführen, daß die erheblich stabileren und wohl auch einheitlicheren Kleinmonopole oder Oligopole aufgelöst werden und in einen größeren Marktbezug kommen. Damit unterliegen sie auch den stärkeren Einflüssen des Gesamtmarktes. Dieser Gesamtmarkt oder jedenfalls größere Markt ist je nach den Bedingungen stabiler oder labiler. Jedenfalls unterliegt er allein wegen der größeren Zahl der beteiligten Abnehmer und Anbieter zahlreicheren Einflüssen. Je nachdem, ob diese Einflüsse sich gegenseitig aufheben oder verstärken, wird der Gesamtmarkt stabiler oder labiler.

1) 'The new Competition'.S. 140

2) BURNS.'The Decline of Competition',S.45,Fußn. 5

3) 'Some economic consequences', S. 477

4) 'Das Open-Price-System',in WRP 1958, S.110

Es ist durchaus denkbar und dürfte durch geeignete Untersuchungen auch nachgewiesen werden können, daß abgeschlossene Teilmärkte andere Tendenzen haben als der volkswirtschaftlich allein interessierende Gesamtmarkt.

Der Wert oder Unwert dieser Entwicklung mag an dieser Stelle dahingestellt bleiben. Festzuhalten ist jedoch die von HEATH festgestellte Wirkung des Einbruchs von bisher bestehenden Kleinmonopolen oder Oligopolen in andere Kleinmonopole oder Oligopole. Versteht man den Wettbewerb als rivalisierendes Bemühen, so liegt hierin ohne Frage eine potentielle Wettbewerbsförderung, da die Zahl der Rivalen bei einzelnen Annehmern vergrößert wird.

Steht man ferner wie FIKENTSCHER ¹⁾ auf dem Standpunkt, daß wirklich wirksamer Wettbewerb die wechselseitige Beeinflussung und Beeinflußbarkeit zwischen den Wettbewerbern voraussetzt ("Das klassische Oligopol ist daher keine Wettbewerbsbeschränkung, sondern Wettbewerbsvoraussetzung")²⁾, so ergibt sich, daß die von HEATH festgestellte Oligopolisierung nichts anderes als eine Wettbewerbsförderung darstellt.

6. Beschränkung des Wettbewerbs im Nichtoligopol ?

Vorausgesetzt, daß keine beschränkenden Absprachen getroffen werden ist demgegenüber weder logisch ein wettbewerbsbeschränkender Effekt zu begründen, noch durch die Praxis erwiesen. Die Zahl der sich bemühenden Wettbewerber beim einzelnen

1) 'Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz',
Seiten 36,37,40

2) FIKENTSCHER, a.a.O., S. 40

Kunden wird vielmehr steigen und damit auch die Wahlmöglichkeit des Kunden zwischen mehreren Angeboten. Damit ist ihm allerdings noch nicht gewährleistet, daß diese Angebote auch verschieden sind. Die potentielle Möglichkeit ein abweichendes Angebot zu erzielen ist jedoch gewachsen. Diese potentielle Möglichkeit wird zwar dadurch wieder eingeschränkt, daß der Verkäufer in seiner Entscheidung durch die Kenntnis von Wettbewerbsangeboten gestützt wird, solange die Wettbewerbspreise im Stabilitätsbereich liegen; d.h. er wird nur solange von dieser Stütze gebrauchmachen, als seine Produktion kostenmäßig günstig ausgelastet ist. Ist dies nicht der Fall, wird er versuchen, vom Bedarf dieses Kunden durch Preisermäßigungen einen größeren Anteil als bisher zu erhalten. Hiergegen läßt sich nun zwar einwenden, daß er dadurch keinen größeren Wettbewerbsvorsprung erhalten könne. Das mag auf die Dauer richtig sein, da die Wettbewerber in diesen Preis eintreten werden, so daß eine Herabsetzung des allgemeinen Preises -eventuell sogar vorher angekündigt- von geringerem Interesse scheint. Im Einzelfall -und mehrere Einzelfälle vermögen eine nicht unerhebliche Umsatzsteigerung auszulösen- kann er sich gegen das Nachziehen der Konkurrenz dadurch sichern, daß er einen größeren Festabschluß macht oder ein Successivlieferungsabkommen für einen bestimmten Zeitraum abschließt. Ob derartige Versuche Erfolg haben, hängt weitgehend von der Einschätzung der Marktlage durch den Kunden ab, für den es unter Umständen vorteilhafter sein kann, nur eine geringe Menge abzuschließen, sofern zu erwarten ist, daß die Wettbewerber noch günstiger anbieten werden. Den ersten Auftrag wird jedenfalls er erhalten. Das ist ein Anreiz, der -entgegen theoretischen Überlegungen- immer wieder zu Preisherabsetzungen, jedenfalls bei einzelnen Kunden, führt.

Einen weiteren Anreiz bietet der Werbeeffekt einer Preisherabsetzung. Der Unterbieter appelliert an den Glauben des Kunden, daß dieses Unternehmen auch das nächste Mal als erstes die Preise herabsetzen wird; daß man also durch Erteilung von Aufträgen mit ihm Kontakt halten müsse ¹⁾. Daneben darf das Solidaritätsgefühl der Abnehmer mit dem Unterbieter nicht unterschätzt werden. Der Unterbieter vertraut darauf, daß der Abnehmer die Auffassung gewinnt, das unterbietende Unternehmen habe das Wohl der Abnehmer im Auge, obwohl der Unterbieter wisse, daß eine Preisherabsetzung ihm keine Vorteile bringen könne, da der Wettbewerb folgen wird.

Diese Gesichtspunkte, die eine Preisermäßigung als vorteilhaft erscheinen lassen, erheben keinen Anspruch auf Vollständigkeit. Es sei lediglich noch darauf hingewiesen, daß es nicht darauf ankommt, ob die Unterbietung tatsächlich einen Vorteil bringt. Entscheidend ist vielmehr, ob der Unterbieter sich einen solchen verspricht. Allein dadurch wird ihm seine Hemmung genommen, die Preise herabzusetzen. Die Erfahrung lehrt demgemäß auch, daß trotz des von der Theorie als fehlend festgestellten Vorteils Preisermäßigungen erfolgen ²⁾.

7. Kontrolle von Preisabsprachen

Dem organisierten Marktinformationsaustausch wird vielfach vorgeworfen, er könne der Kontrolle von

-
- 1) Aus der Praxis ist ein Fall bekannt, in dem ein Unternehmen seine Vertreter mit dem Werbemotto versah: "Meine Kunden sind immer die ersten, die in den Genuß einer Preisermäßigung kommen".
 - 2) vgl. METZINGER, 'Zur Diskussion der Preisaustauschverträge', WRP 1963, S. 384, der von der einsetzenden Vergeltung eines Wettbewerbers eine Belebung des Marktes erwartet.

formlosen Preisabsprachen dienen. Diese Möglichkeit ist in der Tat gegeben, dürfte aber überschätzt werden. Auch in diesem Falle gibt der IA nämlich keine Möglichkeit, gegen den Unterbieter vorzugehen.

Meldet er den Preis, gibt der IA-Vertrag keinerlei Handhabe, den Unterbieter zu bestrafen, da er seinen Pflichten aus dem Vertrage nachgekommen ist. Es bleiben somit nur wirtschaftliche Sanktionen der Teilnehmer, d.h. beispielsweise, daß man versucht, den Unterbieter durch planmäßige wirtschaftliche Zwangsmaßnahmen, wie gezielte Unterbietungen, für sein Verhalten gegen die Gruppen-solidarität zu strafen. Dies liefe auf den sogenannten Vernichtungswettbewerb hinaus, der durch das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb geahndet wird. Diese gezielten Unterbietungsfälle werden dann aber sofort im Rahmen des Informationsaustauschs zu Tage treten, und es ist ein Einschreiten gegen diese Zwangsmaßnahmen von seiten der Treuhandstelle oder des Verbandes möglich und geboten.

Meldet der Unterbieter den Preis nicht, so entfällt damit auch die Kontrolle durch den IA, da es an der Aufdeckung des Unterbieters fehlt. Nun enthalten die meisten Verträge zwar Möglichkeiten der Überprüfung der Richtigkeit der Meldung. Der Praktiker weiß jedoch, wie schwer es ist, Meldeverstöße aufzudecken, wenn es sich um einen Wettbewerber handelt, der nicht mit offenen Karten spielt. So sind Warenrabatte, Rückvergütungen über Sonder- oder Privatkonten, sowie Zugeständnisse bei Waren, die nicht dem Vertrag unterliegen, fingierte Reklamationen usw. praktisch nicht feststellbar. Für denjenigen, der sich nicht an ein "gentleman agreement" halten will, hat auch die begrenzte Kontrollmöglichkeit durch den IA

keine Schrecken. Oder umgekehrt: Ein "gentleman agreement" ist unabhängig davon, ob es durch einen IA kontrolliert wird oder nicht. Wer sich nicht an das "gentleman agreement" hält, wird auch die Kontrolle des IA-Vertrages zu umgehen wissen. Im Gegenteil konnte der Verfasser einmal feststellen, daß eine Firma dem Vorwurf des Meldeverstosses entgegenhielt, daß sie überprüft worden sei. Später stellte sich heraus, daß doch ein Meldeverstoß vorlag, der bei der Überprüfung wegen raffinierter Verschleierungstaktiken nicht entdeckt werden konnte. Hätte in diesem Fall ein "gentleman agreement" vorgelegen, so hätte die ergebnislose Überprüfung den Verstoß gegen das "gentleman agreement" nur verschleiert.

Eine gewisse Möglichkeit, Wettbewerbsbeschränkungen zu praktizieren, ist nach diesseitiger Auffassung nur bei gleichzeitiger Handhabung der NIRA-Praktiken gegeben. Hierzu gehören die Einführung der Preislistentreue und die sogenannten waiting periods. Preislistentreue bedeutet, daß die Beteiligten nicht berechtigt sind, im Einzelfall von ihrer eigenen Preisliste abzuweichen. Sie stehen damit vor der Notwendigkeit, entweder die gesamte Preisliste herabzusetzen oder gegen den Vertrag durch Herabsetzen eines Einzelpreises zu verstoßen.

Ist diese Preislistentreue noch, wie es in der Zeit der NIRA-Politik üblich war, mit einer Wartezeit verbunden, ergeben sich vielfache Möglichkeiten, auf den Wettbewerber einzuwirken. Eine solche Wartezeit oder waiting period bedeutet, daß der Wettbewerber seine Preise erst nach einer im Einzelfall unterschiedlichen Zeit nach der Ankündigung der Preisänderung ändern darf. Die Wettbewerber haben dann die Möglichkeit, innerhalb dieser Zeit auf den Unterbieter mit Drohung und Seelenmassage einzuwirken, die beabsichtigte Preisherab-

setzung zu unterlassen.

Selbst derartige Einwirkungen auf die Wettbewerber begünstigende Praktiken, konnten jedoch, wie die von BURNS vorgelegten Zahlen beweisen ¹⁾, nicht verhindern, daß Preisermäßigungen erfolgten ²⁾.

8. Kontrolle der Branchen durch die Kartellbehörden

BEHRENS ³⁾ weist ferner darauf hin, daß der IA nicht nur der Information der Mitglieder dient, sondern auch Indizien für wettbewerbsbeschränkende Absprachen liefern kann. Von dieser Möglichkeit macht das Bundeskartellamt regen Gebrauch. Sobald ihm bekannt wird, daß in einer Branche ein IA besteht, begnügt es sich nicht damit, sich den Vertrag, Protokolle und Beispiele für die Art der Durchführung übersenden zu lassen. Obwohl diese Unterlagen ausreichen, ein Bild über die Durchführung zu vermitteln und damit die Zulässigkeit des praktizierten IA zu beurteilen, pflegt das Amt sich alle herausgegebenen Informationen geben zu lassen. Diese Maßnahme kann nur damit begründet werden, daß es aus der dokumentierten Marktentwicklung Rückschlüsse darauf ziehen will, ob neben dem IA wettbewerbsbeschränkende Abreden vorliegen. Der Verfasser hat zwar an anderer Stelle

1) vgl. Tabelle 4 im statistischen Anhang

2) vgl. im übrigen auch HEATH, 'Some economic consequences', S.479. Aber die Erwartungen des Unternehmers werden wahrscheinlich auf die Dauer enttäuscht werden, da eine Reduzierung des Preiswettbewerbs den Wettbewerb in andere Richtungen verstärken wird, sowie für Werbung Qualität und technische Verbesserungen.

3) 'Das Open-Price-System', WRP 1958, S.111

die Auffassung vertreten, daß das BkartA hierbei vielfach über die ihm gegebenen gesetzlichen Möglichkeiten hinausgeht ¹⁾. Er ist jedoch der Auffassung, daß auch bei einer Handhabung, die sich streng an die gesetzlichen Möglichkeiten hält, die Gefahr sehr gering bleibt, daß Absprachen unentdeckt bleiben, zumal das BkartA mit der Hilfe der Marktgegenseite rechnen kann und kaum damit zu rechnen ist, daß es den volks- und betriebswirtschaftlich geschulten Fachleuten des BkartA nicht gelingen sollte, einem völlig offen dokumentierten Marktgeschehen zu entnehmen, ob Preisbewegungen auf den Marktmechanismus zurückzuführen sind oder auf einer Absprache beruhen müssen. Die Kenntnis dieser Tatsache dürfte -neben der oben gezeigten geringen Eignung- die Kontrolle und Verschleierung von Wettbewerbsbeschränkungen durch einen IA als sehr gefährlich und damit unwahrscheinlich erscheinen lassen. Hierfür spricht ferner, daß das BkartA bisher trotz eingehender Prüfung noch keine Veranlassung gesehen hat, gegen einen IA einzuschreiten, sofern daneben keine Wettbewerbsbeschränkungen vorlagen.

II. Die Folgen besonderer Ausgestaltungen

1. Publizität

Die amerikanische Rechtsprechung betrachtet die Vorenthaltung von Statistiken den Abnehmern gegenüber mindestens mit großer Skepsis. Allgemeine Publizität ist weder in England ²⁾ noch in Deutschland üblich. Sie hat sich auch in Amerika nur zögernd unter dem Druck der Rechtsprechung durchge-

1) KRIEGER, H.J., Die Ermittlungsmöglichkeiten der Kartellbehörden in Recht u.Praxis in WuW 1962, S. 104 ff., 105.

2) vgl. HEATH, 'Some economic consequences', S.474

setzt 1).

Die Folgen fehlender Publizität sind unterschiedlich und hängen von der Art der Informationen ab.

Die Veröffentlichung von im einzelnen erzielten Preisen ist zunächst nicht erforderlich, da die Nachfrager diese durch Einholung von Angeboten erhalten können. Diese Möglichkeit steht dem Anbieter nicht offen. Die Feststellung einzelner gebotener Preise holt also nur den Wissensvorsprung der Nachfrager auf. Eine Bekanntgabe sämtlicher erzielter Preise dürfte zudem zur Zementierung des Preisgefüges führen.

Bekanntlich ist der Wettbewerbsdruck der Abnehmer aus den verschiedensten Gründen unterschiedlich. Neben dem unterschiedlichen Gewinnstreben -ein altes Kaufmannswort sagt: "Der Gewinn liegt im Einkauf"- seien lediglich seine persönlichen Schwierigkeiten oder der besondere Druck, dem er wiederum von seinen Abnehmern ausgesetzt ist, genannt.

Oben wurde bereits gezeigt, daß mancher Anbieter vielfach geneigt ist, auf sehr starken Druck mit einem Preiszugeständnis zu reagieren. Er hofft hierbei aber, daß dies den Wettbewerbern dieses Abnehmers nicht bekannt wird und diese deshalb nicht ihrerseits veranlaßt werden, selbst verstärkten Druck auf ihn auszuüben. Mit einer allgemeinen Veröffentlichung dieses Preisnachlasses -oder durch sein Erscheinen in einer Statistik- wird er praktisch gezwungen, entweder die Preise insgesamt nachzulassen oder überhaupt auf eine Ermäßigung zu verzichten. In der Befürchtung, daß alle Preise ins Rutschen kommen, wird er daher

1) MESTMÄCKER, Diss. S. 56

dem Druck des einzelnen widerstehen und gegebenenfalls sogar auf das Geschäft verzichten. Die Tendenz zum gleichförmigen Verhalten wird also verstärkt. Die Zementierungswirkung zeigt sich besonders stark, wenn sich aus der Statistik ein gleichförmiger Preis ergibt. Dann wird nämlich jeder Abnehmer vor dieser einheitlichen Front kapitulieren und für sich keine Sonderregelung gegenüber allen seinen Wettbewerbern erhoffen. Die Zementierung des Anbieterverhaltens wird dadurch verstärkt, daß der Druck der Abnehmer abgeschwächt wird.

Die Veröffentlichung von Preisstatistiken an die Abnehmer tendiert also zum Ausschluß von Diskriminierungen ¹⁾. In der jüngsten amerikanischen Diskussion ist man aber der Auffassung, daß das Fehlen von Diskriminierungen eher zu einem weichen als zu einem härteren Wettbewerb führt ²⁾. Durch die Veröffentlichung von Statistiken, die die Absatzlage dokumentieren (Gegenüberstellung von Produktion, Lagerhaltung und Umsatz), kann allerdings der Wettbewerbsdruck der Abnehmer wachsen oder sich vermindern, je nachdem, ob eine Über- oder Unterproduktion ausgewiesen wird. Diese Wirkungen werden dann aber wieder durch eine Veröffentlichung der Preisstatistik, wie oben gezeigt, gemildert.

2. Laufende und zukünftige Preise

Dieser Problemkreis ist umstritten. Namentlich besteht noch keine Einigkeit über die Abgrenzungskriterien zwischen vergangenen und zukünftigen Markttatsachen.

- 1) vgl. auch HEATH, a.a.O., S.482, der diesen Effekt allerdings im Wachsen der Macht des Käufers sieht.
- 2) vgl. CASSADY, 'Price Making and Price Behaviour in the Petroleum-Industry' (Yale 1954), Chapter 9, zitiert bei HEATH, S.483, Fußnote 1

a) Klärung der Begriffe

BEHRENS ¹⁾klärt den Begriff des der Vergangenheit zugeordneten Marktdatums zutreffend dahingehend, daß es immer dann der Vergangenheit angehöre, wenn es dem Markt, d.h. einem oder mehreren Abnehmern so bekannt gemacht worden ist, daß diese auf Grund der Bekanntmachung eine Entscheidung im Wettbewerb treffen können. Mit der Bekanntmachung befinde sich beispielsweise der Preis im Wettbewerb, gleichgültig, ob bereits auf der Grundlage dieses Datums Geschäfte abgeschlossen wurden oder nicht. Demgemäß billigten auch die Kartellreferenten der Länder ein OPS, welches auch den Austausch von Offerten vorsieht ²⁾. Anderer Ansicht ist offensichtlich das Bkarta, das nach BENISCH ³⁾ darauf abstellen will, ob es sich um Meldungen über abgeschlossene Geschäfte handelt. Der gleichen Auffassung wie BEHRENS sind KRAHE ⁴⁾ und KRIEGER ⁵⁾. Demgemäß sind Preislisten, die dem Absatzmarkt bekannt gemacht sind und abgegebene Angebote ⁶⁾ Markttatsachen der Vergangenheit. Demgegenüber sind nur solche Preise als zukünftige zu werten, die ein Unternehmen zu erzielen hofft, die ein Verband als vernünftig bezeichnet oder die als zukünftige Marktpreise von irgendjemand geschätzt werden.

BEHRENS ⁷⁾ macht nun für Angebote eine weitere Einschränkung dahingehend, daß es auf die tatsächliche oder rechtliche Bindung ankomme. Völlig frei-

1) 'Zur Zulässigkeit des Open Preissystems nach dem GWB' in WRP 1960, S. 61

2) Stellungnahme vom 5. und 6. Juni 1957, a.a.O. in WUW 1957 S. 567.

3) 'Erläuterungen zur Kooperationsfibel', S. 59

4) 'Preismeldesysteme in Recht und Praxis' in WUW 1961, S. 466

5) 'Das Recht der Informationsaustauschverträge in den USA u. in Deutschland', in WUW 1963, S. 474

6) vgl. auch MENZE 'Unternehmerische Zusammenarbeit' S. 40

7) 'Zur Zulässigkeit des Open-Price-Systems' in WRP 1960, S. 61

bleibende Angebote möchte er als zukünftige Markttatsachen gewertet wissen. Demgegenüber hat KRIEGER ¹⁾ darauf hingewiesen, daß jede abgegebene Offerte, gleich ob bindend oder nicht bindend, eine Markttatsache sei und Reaktionen auszulösen vermöge. Diese Abgrenzung stimmt mit der amerikanischen Rechtsprechung überein ²⁾.

b) Folgen der Meldung von Preisen zukünftiger Geschäfte

"Zukünftige Preise" werden nun in der Diskussion die Preise genannt, die die meldende Firma bei zukünftigen Geschäften zu erzielen hofft. Die folgende Untersuchung wird sich also mit dieser Art "zukünftiger Preise" befassen.

Das TNEC befürchtet, die Bekanntgabe "zukünftiger Preise" könne zur Erleichterung der Preisführerschaft führen, sofern auch der meldende Anbieter genannt wird. MESTMÄCKER ³⁾ weist darauf hin, daß vielfach die Vereinbarung zugrundeliegen wird, den gemeldeten Preisen einer Firma zu folgen. Derartige Vereinbarungen haben jedoch nichts mit den reinen Folgen der Meldung zukünftiger Preisangebote zu tun. Aus der Meldung derartiger zukünftiger Preisstellungen allein kann auch nicht eine vereinbarte Preisführerschaft geschlossen werden, zumal es zur Verschleierung einer derartigen Absprache nicht der Meldung aller Firmen bedürfte. Ein viel einfacherer und zudem unangreifbarer Weg wäre die Bekanntgabe in der Fach- oder Tagespresse durch den vereinbarten Preisführer.

1) 'Das Recht der Informationsaustauschverträge',
WuW 1963, S. 474, FN 117

2) vgl. KRIEGER, a.a.O., S. 474

3) Diss., S. 75/76

MESTMÄCKER ¹⁾ meint ferner, derartige Meldungen führten zum Ausbau der marktbeherrschenden Stellung eines führenden Unternehmens, da diesem die Möglichkeit gegeben sei, gegen Außenseiter vorzugehen, die mehr umsetzen, als ihm genehm ist. Auch diese Möglichkeit hat nichts mit der Meldung der Preise zukünftiger Geschäfte zu tun, da sie ebensogut bei der Meldung vergangener Preise gegeben ist. Zudem ist wohl kaum anzunehmen, daß kleinere Unternehmen den Informationsaustausch in einem solchen Falle aufrechterhalten. Zum anderen wurde oben ²⁾ gezeigt, daß Marktkennntnis kleineren Anbietern eher die Möglichkeit zu stärkerer Selbständigkeit der Marktentschließung gibt.

Unter Hinweis auf CHAMBERLIN ³⁾ weist MESTMÄCKER ⁴⁾ darauf hin, daß der Zeitraum zwischen Preisherabsetzung und Reaktion bis auf 0 herabgesetzt werden kann. Dadurch ist in der Tat die Möglichkeit eröffnet, daß die Wettbewerber am gleichen Tage eine Preisherabsetzung durchführen. Die Verringerung des Zeitraumes, in dem der Unterbieter in den Genuß der Umsatzsteigerungswirkung der Unterbietung kommt, vermindert fraglos die Neigung, Preise herabzusetzen, da die Gewinneinbuße nicht mit Sicherheit durch eine Umsatzsteigerung aufgewogen wird.

Will der Unterbieter dies jedoch verhindern, so braucht er bloß die Ankündigung des neuen Preises mit dem Wirksamwerden zusammenfallen lassen. Dieses Vorgehen verstößt durchaus nicht gegen den Geist des Informationsaustausches, zu dessen Wesen nicht die Verpflichtung gehört, Preisänderungen einen gewissen Zeitraum vorher bekanntzugeben.

1) Diss., S. 75

2) Abschnitt D I 3

3) 'The Theory of Monopolistic Competition', S. 46 ff., 50, 53

4) a.a.O., S. 79

Der Ausschluß des Anreizes, Preisherabsetzungen durchzuführen, kann also nur in Verbindung mit der Vereinbarung einer Wartezeit erreicht werden, nicht aber mit der Verpflichtung, Preise zu dem Zeitpunkt auch an die Wettbewerber bekanntzugeben, an dem sie den Abnehmern offeriert werden. Daneben bleiben die oben ¹⁾ skizzierten Gründe, Preise auch dann herabzusetzen, wenn zu erwarten ist, daß die Wettbewerber folgen.

3. Identifizierung der Beteiligten

MESTMÄCKER ²⁾ faßt die amerikanische Literatur ³⁾ dahingehend zusammen, daß kein besonderes statistisches Interesse an der Erkennbarkeit der Vertragsparteien in den Preismeldungen ersichtlich sei. Über die Markttendenz könne die summarische Berichterstattung ebenso Aufschluß geben. Dagegen biete die Offenlegung der Namen der einzelnen Anbieter ein einfaches Mittel, Preisabkommen zu überwachen und Druck auf solche Wettbewerber auszuüben, die von der Preispolitik abweichen. MESTMÄCKER ⁴⁾ meint ferner als Ergebnis der amerikanischen Literatur feststellen zu können, daß die Identifizierung der Beteiligten zur Herabsetzung von Preisdiskriminierungen führen könne. Hierbei denkt er wohl hauptsächlich an die Identifizierung der Abnehmer. Die Nennung der Lieferanten kann nämlich nicht Diskriminierungen der Abnehmer verhindern.

Die Behauptung, für die Identifizierung der Beteiligten bestehe kein Informationsbedürfnis zu

1) unten D III 1

2) Diss., S. 84

3) vgl. FTC 'Open - Price - Association', S. 50, Fly 45, Yale L.J. 1334, 1342 (1936); Handler TNEC Monogr. Nr. 38, S. 24.

4) Diss., S. 86/87

legalen Zwecken, wurde oben bereits unter Hinweis auf die üblicherweise bestehenden Produktdifferenzierungen und die unlautere Ausspielung widerlegt.

Die Möglichkeit, auf eine Unterbieterfirma Druck auszuüben, kann nicht verkannt werden. Diese Frage hat jedoch wiederum nichts mit den reinen Folgen der Identifizierung der Beteiligten zu tun. Sie stellt vielmehr einen eigenen, unter Umständen verbotenen Tatbestand dar, der für sich behandelt werden muß. Das Gesetz verbietet zwar, Druck auf Wettbewerber auszuüben, und sei es auch nur in der vergleichsweisen milden Form der Empfehlung. Daraus läßt sich jedoch noch nicht das Recht herleiten, ein zulässiges Verhalten zu verbieten, nur weil es neben dem zulässigen Zweck auch eine unzulässige Maßnahme, die im übrigen auch ohne dieses Mittel möglich wäre, erleichtert.

III. Zusammenfassung

Demgemäß dürfte es anerkannt sein, daß die wettbewerbsfördernden Elemente im Polypol überwiegen. Das stellt selbst der schärfste der volkswirtschaftlichen Gegner der Marktinformation, SCHMIDT¹⁾ fest, wenn er sagt:

"Die Förderung der Markttransparenz bei polypolistischen Anbietern dient ihrer Information über Veränderungen der Marktdaten und ermöglicht ihnen eine raschere Anpassung. Die Austausch- und Anpassungsvorgänge -in der Sprache der Theorie Reaktionsgeschwindigkeit- werden dadurch beschleunigt. Aufgrund der großen Zahl der Anbieter und ihres schwachen subjektiven Konkurrenzbewußtseins besteht nicht die Gefahr einer bewußten Parallelpolitik und damit einer Ausschaltung des Wettbewerbs.

1) 'Markttransparenz als Voraussetzung für Wettbewerbsbeschränkungen' in WUV 1963, S.100

Die Förderung der Markttransparenz im Polypol verstärkt daher entweder den Wettbewerb unter den Anbietern, oder beschleunigt zumindest die in einer sozialen Marktwirtschaft notwendigen Anpassungsvorgänge auf Änderungen der Marktdaten."

Die Angriffe gegen Einzelinformationen richten sich demgemäß vorwiegend auf die Handhabung auf oligopolistischen Märkten, wobei allerdings zu bemerken ist, daß PICKEL¹⁾ offensichtlich davon ausgeht, daß "Preismeldestellen" lediglich auf solchen Märkten tätig werden, die als homogene Oligopolmärkte zu kennzeichnen sind. Im folgenden seien diese Thesen untersucht.

IV. Marktinformationen auf oligopolistischen Märkten

1. Die These von Ingo SCHMIDT

Das weitgehendste Unwerturteil fällt SCHMIDT in seinem Aufsatz "Markttransparenz als Voraussetzung für Wettbewerbsbeschränkungen"²⁾. Er ist der Auffassung, daß eine relativ unvollkommene Markttransparenz Voraussetzung für ein Mindestmaß an wirksamem Wettbewerb im relativ heterogenen Oligopol bzw. wirksamem Nichtpreiswettbewerb im nahezu homogenen Oligopol sei. Hieraus schließt er, daß jede künstliche Vervollkommnung der Markttransparenz durch organisatorische Maßnahmen das Mindestmaß an wirksamem Wettbewerb im Oligopol unmöglich mache³⁾. SCHMIDT unterscheidet zunächst

1) vgl. PICKEL, Preismeldestellen und Kartellverbot in BB 1963, S. 700: Der Markt auf dem die Preismeldestelle tätig ist, zeigt folgende charakteristische Merkmale (homogenes Oligopol)."

2) a.a.O., WuW 1963, S. 97 ff; vgl. auch PHILIPS, 'Markttransparenz, Theorie und Wirklichkeit', WUW 1964, S. 205 ff.

3) a.a.O., S. 103

zwischen dem relativ heterogenen Oligopol und einem Oligopol mit sehr eng substitutiven nahezu homogenen Gütern. Vollständig heterogene und vollständig homogene Güter hält er offensichtlich nicht für möglich. Im relativ heterogenen Oligopol hält er eine individuelle Preispolitik und damit Preiswettbewerb grundsätzlich für möglich, da die nicht sehr enge Substitutivität der Güter (gleich relative Heterogenität) den Unternehmern einen gewissen preispolitischen Spielraum einräume, der außer von dem Grade der Produktheterogenität auch von der Unvollkommenheit der Markttransparenz abhängt.

Demgegenüber sei im nahezu homogenen Oligopol eine solche tatsächliche individuelle Preispolitik und damit auch ein Preiswettbewerb bei friedlichem und rationalem Verhalten grundsätzlich nicht denkbar. Es komme vielmehr zu einer kollektiven Preispolitik aufgrund einer anerkannten barometrischen oder dominierenden Preisführerschaft, oder einem "Quasi-Agreement". Diese wertet er als kollektive Preispolitik und zieht daraus den natürlichen Schluß, daß damit kein Preiswettbewerb vorliege. Letzteres ist selbstverständlich. Bei seiner Auffassung gründet er sich auf angeblich unbestrittene nationalökonomische Erkenntnisse, die wie folgt begründet werden sollen.

- 1.) Die Markttransparenz im Hinblick auf Änderungen des Aktionsparameterpreis sei sei wohl bei Anbietern als auch bei Nachfragern wesentlich größer als bei allen anderen Aktionsmarametern.

- 2.) Auf Änderungen der Nichtpreisaktionsparameter reagierten Anbieter und Nachfrager wesentlich langsamer als auf die wesentlich transparenteren Preisänderungen.

Aus diesen beiden Tatsachen, die SCHMIDT Argumente nennt, ergebe sich die theoretische Basis der nationalökonomischen These, daß auch im engen Oligopol der gesamte Nichtpreiswettbewerb, zu dem er auch den Rabattwettbewerb zählt, grundsätzlich möglich, ja typisch sei ¹⁾. Offensichtlich wertet SCHMIDT die "unbestrittene nationalökonomische Lehre" dahin, daß im Oligopol wegen des bestehenden starken Konkurrenzbewußtseins Wettbewerb so weit nicht möglich sei, wie Markttransparenz bestehe. Voraussetzung für diesen Schluß ist allerdings auch bei ihm friedliches und rationales Verhalten der Wettbewerber, das zu einer kollektiven Preispolitik im homogenen Oligopol führen müsse.

Bei dieser Deduktion ist zunächst darauf hinzuweisen, daß für SCHMIDT offensichtlich jede Form, und sei es auch nur des geringsten Informationsaustausches zwischen Oligopolisten, schon gleichbedeutend mit Förderung einer wettbewerbsbeschränkenden Markttransparenz ist. Nur so ist der wunderliche Schluß erklärlich, daß eine Preisinformation zum Ausschluß des Nichtpreiswettbewerbs im nahezu homogenen Oligopol führen könne ²⁾.

Für die weitere Untersuchung sollen zunächst einmal die Voraussetzungen SCHMIDT's ³⁾ "friedliches und rationales Verhalten" sowie die These unterstellt werden, daß ein Wettbewerb im Oligopol

1) a.a.O., S. 101

2) a.a.O., S. 103

3) vgl. hierzu PICKEL, 'Preismeldestellen und Kartellverbot', BB 1963, S. 706: "Verstöße gegen die Gruppendisziplin sind ebenso denkbar wie bei Kartellen".

nicht gegeben sei, soweit ein Anbieter damit rechnen müsse, daß sein Wettbewerber von der Änderung des entsprechenden Aktionsparameters sofort erfahren wird.

Selbst im Oligopol SCHMIDT'scher Definition, also einem Oligopol das durch friedliche und rationale Verhaltensweise und eine ausgebildete Gruppendisziplin der Oligopolisten gekennzeichnet ist, sind seine Thesen nur sehr bedingt richtig.

2. Informationsaustausch im homogenen Oligopol bei friedlichem und rationalem Verhalten

a) Kein Ausschluß des Preiswettbewerbs

Beim homogenen Oligopol geht SCHMIDT ¹⁾ davon aus, daß ein Preiswettbewerb nicht möglich ist. Ist dies aber richtig, so kann auch eine Preistransparenz, also eine Marktinformation über Preise, ihn schlechterdings nicht noch unmöglicher machen. Sein Angriff muß sich also gegen die Aufhellung der Tatbestände des Nichtpreiswettbewerbs richten. Zu diesem Nichtpreiswettbewerb zählt SCHMIDT auch den Rabattwettbewerb. Ob er zum Rabattwettbewerb auch den Wettbewerb mit Sonderpreisen, also solchen Preisen zählt, die vom generellen Marktverhalten abweichen, wird nicht ersichtlich. Bei der folgenden Untersuchung soll der Definition des Rabattgesetzes gefolgt werden, d.h. unter der Gewährung eines Rabattes wird auch die Einräumung eines Sonderpreises verstanden.

1) a.a.O., S. 101

b) Ausschluß des Rabattwettbewerbs ?

Um die Wirkung einer Rabattinformation in einem Oligopol mit homogenen Gütern bei friedlicher und rationaler Verhaltensweise auf der Grundlage der SCHMIDT'schen Thesen untersuchen zu können, müssen zunächst einmal die Mechanismen herausgestellt werden, die der SCHMIDT'schen Auffassung zu Grunde liegen ¹⁾. Hierzu ist zunächst festzustellen, daß die Vernunft zum friedlichen Verhalten nicht etwa darauf beruht, daß Oligopolisten von besonders geringem Wettbewerbsbewußtsein gekennzeichnet sind, sondern im Gegenteil darauf, daß ihr erhöhtes Konkurrenzbewußtsein die den Preiskampf fürchten läßt ²⁾. Es ist die Erkenntnis, daß nur ein Wettbewerber mit überragenden finanziellen Kapitalreserven einen Gewinn aus einem solchen Preiskampf erzielen kann, den er jedoch unter Umständen mit einer erheblichen finanziellen Erschöpfung bezahlen muß. Derartige Vernichtungskämpfe sind ökonomisch wenig sinnvoll und zwingen zum maßvollen Gebrauch, namentlich der Aktionsparameter, die geeignet sind, einen Kampfwettbewerb auszulösen. Das braucht durchaus nicht nur der Aktionsparameter Preis zu sein. Es ist auch ein ruinöser Qualitätswettbewerb oder Wettbewerb mit anderen Aktionsparametern denkbar. Dies liegt für

-
- 1) Es soll davon abgesehen werden, einen notwendigerweise unvollkommenen Abriß der bestehenden Oligopoltheorien zu geben. Insoweit wird auf BARTHOLOMEYCZIK im Gemeinschaftskommentar 2. Auflage § 22 RN 59 ff. und das unter A aufgeführte Schrifttum verwiesen. Hier sollen vielmehr lediglich die mit der Marktinformation zusammenhängenden Aspekte herausgegriffen werden.
 - 2) vgl. REISSER, 'Zum Begriff des Preiswettbewerbs', S. 91 u. 92; RICHTER, 'Das Konkurrenzproblem im Oligopol', S.37 unter Hinweis Rothschild, 'Price-theorie and Oligopoly', S.310 "The background to oligopoly... is ... a struggle"; MARKERT, 'Preis-meldeverträge und Oligopol', BB 1964, S.62

den Rabattwettbewerb auf der Hand. Auch ein Qualitätswettbewerb oder ein Wettbewerb mit sonstigen Nebenleistungen kann jedoch ruinöse Züge annehmen, da es nicht auf den statischen Preis ankommt, sondern auf das Verhältnis von Preis zur Leistung ¹⁾.

Es kommt also für die Prüfung der Frage, ob die Furcht vor Reaktionen den Einsatz eines Aktionsparameters behindert, nicht darauf an, ob die Theorie beschließt, daß die Wettbewerber nicht oder doch friedlicher reagieren werden, sondern darauf, ob der Oligopolist dies fürchtet oder nicht. Schließlich ist dann noch zu prüfen, ob Informationsabkommen diese Furcht erhöhen. Dies kann, muß aber durchaus nicht der Fall sein. Dies zeigt der Vergleich eines Oligopols mit und eines solchen ohne Informationsaustausch.

Auch hier sind die Möglichkeiten si mannigfach wie das Wirtschaftsleben ²⁾ und es können nur einige besonders markante Aspekte herausgegriffen werden.

Offensichtlich geht SCHMIDT davon aus, daß ein gewährter Geheimrabatt oder Sonderpreis den Wettbewerbern von nun an bis in Ewigkeit verborgen bleibt, da nicht einzusehen ist, wieso ein Geheimrabatt nicht ebenso Reaktionen auszulösen vermag, sobald er entdeckt wird.

Eine solche Auffassung wäre jedoch bei den fort-

1) vgl. hierzu BEHRENS, 'Marktinformation und Wettbewerb' S. 144 ff.

2) vgl. hierzu GABRIEL, 'Preise und Wettbewerb' in Markenartikel 1964, S. 628, der gegenüber den Simplifizierungen von SCHMIDT darauf hinweist, daß die Schwierigkeit jeder Oligopoltheorie gerade in der Vielzahl der möglichen Verhaltensweisen liegt.

währenden lebensnotwendigen Versuchen von Oligopolisten, die Wettbewerbspolitik der Wettbewerber zu erkunden, hochgradig unrealistisch. Eine Geheimhaltung ist zudem nur dadurch zu erzielen, daß der Anbieter mit dem Abnehmer so weitgehend kolludiert, daß er den Kontakt mit anderen Anbietern und dadurch die Möglichkeit verliert, bei diesen eventuell noch günstigere Angebote zu erhalten ¹⁾. Liegen solche streng geheimen Wettbewerbsvorteile für einzelne Abnehmer vor, so ist ein solcher Markt dadurch gekennzeichnet, daß er in Einzelmonopole aufgeteilt ist. Angebot und Nachfrage werden nicht mehr auf dem Gesamtmarkt ermittelt und scheiden als preisbildende Faktoren aus. Der Abnehmerbedarf wird vielmehr durch tatsächlich streng gebundene Hauslieferanten befriedigt. Der Preis wird auf der Grundlage rein betriebsinterner Faktoren berechnet, ohne dem Regulativ des Gesamtmarktes zu unterliegen ²⁾.

Geht man von dem erheblich realistischeren Fall aus, daß ein im Einzelfall gewährter Rabatt nicht geheim bleiben wird -hierfür sorgen schon die ausspielenden Abnehmer- ³⁾, so ist absolut unerfindlich, wieso ein offengelegter Rabatt stärkere Reaktionen hervorrufen soll als ein Geheimrabatt, der sonstwie den Wettbewerbern zu Ohren kommt. Richtig ist vielmehr das Gegenteil.

-
- 1) vgl. hierzu das Beispiel von BEHRENS in 'Markt-information und Wettbewerb', S. 153; a.A. MARKERT, 'Preismeldeverträge und Oligopol', BB 1964 S.63
 - 2) vgl. hierzu auch BEHRENS 'Marktinformation', S.48
 - 3) Von dieser Marktsituation geht auch MARKERT, a.a.O., S. 63 aus, um die von BEHRENS festgestellte Marktaufteilung bei wirklicher Geheimhaltung zu widerlegen. MARKERT vergißt jedoch, daß damit die "segensreichen Wirkungen" des Geheimwettbewerbes auch ohne Marktinformation außer Kraft gesetzt sind.

Liegen nämlich sämtliche Sonderpreise oder Rabatte offen, vermag der Wettbewerber sowohl die Höhe des Rabattes im Einzelfall als auch den Gesamtumfang der gewährten Rabatte zu übersehen. Der den Rabatt einräumende Oligopolist braucht somit lediglich in diesem Maße mit Reaktionen zu rechnen.

Diese Übersicht fehlt jedoch bei Geheimrabatten. Der Wettbewerber, der einen Geheimrabatt erfährt, weiß, wenn nicht ohnehin Rabatttransparenz vorliegt, in der Regel nicht, wie hoch dieser ist -der ausspielende Abnehmer wird die Höhe vielmehr gerade übertreiben- und er weiß nicht, in welchem Umfange derartige Rabatte gewährt werden. Der einen Geheimrabatt einräumende Oligopolist muß also bei der Einräumung eines Geheimrabattes immer mit einer harten Reaktion der Wettbewerber auch bei anderen Abnehmern rechnen. Die Furcht vor einer solchen Reaktion kann ihn, das bestätigt die Praxis, durchaus daran hindern, einen solchen überhaupt einzuräumen. Die Folge kann, namentlich bei stagnierenden Branchen, eine vollständige Zementierung des Wettbewerbsgefüges sein. Dies gilt namentlich bei Branchen mit einer alten Kartelltradition. Diese haben einen besonderen Hang zur Zementierung des Preises, da die Möglichkeit der Preisänderung durch Vereinbarung verboten und die Initiative des einzelnen durch die Furcht vor halsabschneiderischem Wettbewerb gelähmt ist ¹⁾.

Besteht demgegenüber ein Informationsaustausch über Einzelgeschäfte, ist es durchaus möglich, daß ein Oligopolist bei Einräumung von Sonderrabatten in begrenztem Umfange, die voll offengelegt

1) vgl. 'Report des englischen Registrars für den Zeitraum vom 1.1.1960 bis zum 30.6.1961', London 1962, Chapter I.8.

werden, nicht mit harten Reaktionen rechnet. Die Praxis zeigt ferner oft, daß gemeldete Sonderbedingungen dann nicht als Kampfansage aufgefaßt, sondern als Wettbewerbsmittel toleriert werden, wenn eine volle Offenheit vorliegt ¹⁾.

Ob diese positiven Folgen eintreten werden, läßt sich zwar nicht voraussagen. Dies hängt namentlich auch von der Einflußnahme der die Branche betreuenden Person ab. Sieht dieser Treuhänder von der offensichtlich zur Erhaltung eines stabilen Preisniveaus erforderlichen nimmermüden Einflußnahme ab, Oligopolisten zu lehren, was oligopolistisches Verhalten in der Theorie ist ²⁾, richtet er seine Einflußnahme vielmehr darauf, daß ein offener Wettbewerb ohne Absprachen geführt wird, so wird dieses Ergebnis in einer Vielzahl von Branchen die Regel sein. Selbst wenn man dieses positive Ergebnis einer Wettbewerbsförderung außer acht läßt, ist nicht einzusehen, wieso eine zusätzliche Beschränkung eintreten soll. Dies setzte nämlich voraus, daß ein Geheimrabatt nach der Aufdeckung weniger als Kampfansage aufgefaßt wird, als ein offengelegter Sonderpreis. Bei der gefährlichen Unübersehbarkeit von Höhe und Zahl derartiger Geheimrabatte ist eine solche Unterstellung absurd.

Wenn der Verfasser die unübersehbare Oligopol-

-
- 1) vgl. hierzu KRIEGER, 'Preisaustauschverträge kein Kartellersatz' in DB 1964, siehe I. 3.
 - 2) vgl. MESTMÄKER, Dissertation S. 98: "Sie (die Betreuer) beschränkten sich jedoch nicht darauf, den Mitgliedern, die zu rationellem Handeln erforderlichen Daten zur Verfügung zu stellen, sondern sie lehrten, was in diesem Fall rationales Handeln sei" und später "Selbst Oligopolisten muß zuweilen gelehrt werden, was die Theorie als rationales Verhalten von ihnen erwartet."

literatur ¹⁾ richtig wertet, scheint das Oligopolproblem insbesondere darin zu liegen, daß es nur die Alternativen "Einfrieren des Preises und seiner Bestandteile" auf der einen und "cut throat competition" auf der anderen Seite gibt, wobei die Unvernunft der letzteren Alternative lediglich die erste Alternative offen lassen soll. Die Situation gleicht also der der atomaren Abschreckung der Weltpolitik. Ziel einer möglichen Oligopolpolitik muß es damit sein, dieses scheinbar unumstößliche entweder/oder aufzulockern um wenigstens einen Teilwettbewerb zu ermöglichen. Hierzu ist die von SCHMIDT, PICKEL und MARKERT vorgeschlagene Verdunkelung des Wettbewerbs ungeeignet, da jeder der im Dunkel ein Wettbewerbsmittel ergreift, damit rechnen muß, daß der Wettbewerb dieses in Unkenntnis der gesamten Tragweite als Generalangriff auffaßt. Wettbewerber im Dunkel werden, so lange sie sich rational verhalten, stillhalten und sich so wenig wie möglich bewegen, um keine übermäßigen Reaktionen auszulösen. Liegen ihre Bewegungen jedoch offen, werden sie nicht fürchten müssen, daß eine reine und begrenzte Wettbewerbsmaßnahme als beabsichtigte Auslösung eines Preiskampfes aufgefaßt wird ²⁾. Sie werden also lediglich mit wettbewerbskonformen begrenzten Reaktionen rechnen

-
- 1) Nach einer Äußerung von Prof. RÖPER anlässlich seines Vortrages am 3.12.1963, gehalten vor dem FIW-Institut "Neuere Entwicklungen in der Oligopoltheorie" ist die Oligopol-literatur so umfangreich, daß man allein mit dem Lesen solange beschäftigt sei, daß nach der Beendigung schon alles wieder überholt ist.
 - 2) Zu bemerken ist, daß SCHMIDT in einem solchen Vernichtungskampf aus unerfindlichen Gründen keinen Preiswettbewerb sieht. Vgl. SCHMIDT, 'Zum Begriff des Preiswettbewerbs nach § 16 GWB' in WUW 1964, S. 136. Hiergegen GABRIEL, Preise und Wettbewerb in Markenartikel, 1964, S. 628 ff. unter "Der Vorbehalt friedlicher Verhaltensweise".

müssen und rechnen. Gerade diese Tatsache ist vielfach Grund genug, um Informationsabkommen einzuführen. Auch Oligopolisten wollen wissen -und haben ein Recht darauf zu wissen- ob es sich bei einem Rabatt oder geänderten Preis, der ihnen zu Ohren kommt, um einen Einzelfall oder die Auslösung einer generellen Preisherabsetzung handelt. Sie wollen dem Zwang enthoben sein, aus Unkenntnis einen Preiskampf auslösen zu müssen, obwohl der aufgedeckte Einzelpreis nur für sich genommen zu überhaupt keiner oder nur zu einer begrenzten Reaktion Veranlassung gegeben hätte, wenn ihnen die Tatsache, daß es sich nur um eine Einzelrabattgewährung handelte, bekannt gewesen wäre. Ebenso hat ein Oligopolist ein -legitimes- Interesse daran, seinen Wettbewerbern durch Meldung zu verstehen zu geben, daß er keinen Rabattkampf auslöst sondern lediglich einen Einzelrabatt gewährt, für den mannigfache Gründe sprechen können. Nimmt man ihm diese Möglichkeit, so nimmt man ihm vielfach überhaupt die Möglichkeit, ein Wettbewerbsmittel im Einzelfall einzusetzen aus Furcht, es werde als allgemeine Kampfansage aufgefaßt.

Um nicht mißverstanden zu werden, sei darauf hingewiesen, daß eine Marktinformation im Oligopol diese oben skizzierten begrüßenswerten Folgen nicht haben muß. Es ist vielmehr durchaus möglich, daß eine bestehende Preis- und Wettbewerbsrigidität nicht aufgelöst wird. In diesem Fall liegt die Marktstarre jedoch nach diesseitiger Auffassung nicht an der Marktinformation, sondern an den sonstwie gegebenen Marktbedingungen oder an bestehenden Absprachen.

Es sollte jedoch gezeigt werden, daß eine Marktinformation auch im homogenen Oligopol bei fried-

licher und rationaler Verhaltensweise positive Folgen haben kann. Der Verfasser ist sich darüber im klaren, daß er hiermit nicht den Stein der Weisen für jede Marktinformation über Preise und Rabatte im Oligopol gefunden hat. Er ist sich vielmehr darüber klar, daß gerade die Vielzahl möglicher Verhaltensweisen, die man -allerdings bis auf SCHMIDT- als die eigentliche Problematik der Oligopoltheorie ansieht ¹⁾, durchaus auch andere mögliche Verhaltensweisen nicht ausschließt. Der Verfasser ist aber der Auffassung, daß die hier gegebene Verhaltensweise realistischer ist als eine Verhaltensweise, wie SCHMIDT sie definiert. Sie gründet sich auf Erfahrungen, die er in vielen Sitzungen unterschiedlicher Industriezweige gewinnen konnte, die SCHMIDT zweifellos als homogenes Oligopol angesprochen hätte. Es ist gutes Recht der Gegner des Informationsaustausches, die Allgemeingültigkeit dieser Feststellung, die immerhin durch die Zahlen in den beigegeführten Tabellen belegt wird, zu bezweifeln. Sie werden jedoch nicht bezweifeln können, daß in einem oligopolistischen Markt mit Marktinformation eine Nichtkampfstrategie mit begrenzten Preis- und Rabattwettbewerb möglich ist.

Der Verfasser ist sich ferner darüber im klaren, daß sich die Folge mehr oder weniger ex definitione ergibt. Etwas anderes gilt aber auch nicht für die SCHMIDT'sche Definition, die nichts anderes besagt, als daß friedliche, nicht rivalisierende oligopolistische Anbieter nicht rivalisieren ²⁾. Welche der Prämissen bei der Vielzahl möglicher Verhaltensweisen die realistischere ist, vermögen nur

1) vgl. GABRIEL, 'Preise und Wettbewerb' in 'Der Markenartikel' 1964, S. 628

2) vgl. GABRIEL, 'Preise und Wettbewerb', S. 628

Marktanalysen, nicht aber Definitionen zu klären ¹⁾.

Für die diesseitige Auffassung spricht immerhin die amerikanische Erfahrung. Diese lehrt, daß eine Preis- und Wettbewerbsstabilisierung auch in Oligopol nicht möglich ist, ohne einen ständigen Einfluß auf die Oligopolisten auszuüben. Hierzu sei noch einmal auf die Tätigkeit der amerikanischen Beraterfirma STEVENSEN and JORDAN für die hocholigopolistische Salzindustrie verwiesen. MESTMÄCKER ²⁾ schildert diese wie folgt:

St.J.& H. begannen ihre Arbeit mit einem Überblick über ihre Produktionskapazität, Umsatz, durchschnittlichem Reingewinn auf der Grundlage Fob - Werk, Verkaufsunkosten und allgemeinen finanziellen Gewinn in der Salzindustrie. Auf der nächsten Mitgliederversammlung gaben sie das vorläufige Ergebnis der Untersuchungen bekannt. Die Hauptpunkte waren: Erhebliche Überkapazität der Industrie, geringe Nettogewinne im Verhältnis zum investierten Kapital, unangemessen hohe Verkaufsunkosten im Verhältnis zu den erzielten Preisen. "Und diese Verhältnisse sind auf die unablässigen Anstrengungen jedes Beteiligten zurückzuführen, einen immer größeren Teil des Gesamtumsatzes zu erlangen, ohne dabei das Verhältnis von Nettogewinn und Verkaufsunkosten in Erwägung zu ziehen". Die Fortsetzung dieser Praxis -so unterrichteten die Experten ihre Auftraggeber- führe notwendig zu unangemessener Verzinsung des Kapitals und zu übermäßigen Verkaufsunkosten.

Es lag also entgegen allen theoretischen Überlegungen SCHMIDT's trotz Austausch von Marktdaten ein erheblicher Wettbewerb vor. STEVENSEN & JORDAN beließen es nun als Kenner wirklichen oligopolistischen Verhaltens nicht bei der Erhöhung der Markttransparenz, die nach SCHMIDT zum Stop

1) vgl. GABRIEL, a.a.O., S. 651

2) Dissertation, S. 96 ff.

jeden Wettbewerbs hätte führen müssen, sondern begannen erst jetzt ihre eigentlich erfolgversprechende Tätigkeit, nämlich eine intensive "individuelle Erziehungsarbeit" ¹⁾). MESTMÄCKER stellt demgemäß sehr richtig fest:

Sie beschränken sich jedoch nicht darauf, den Mitgliedern die zu rationalem Handeln notwendigen Daten zur Verfügung zu stellen, sondern sie lehrten, was im gegebenen Fall rationales Handeln sei und überwachten ihre Schüler, daß sie unter dem Druck wirtschaftlicher Verhältnisse nicht ihre "Vernunft vergaßen".

Die Organisation solcher Programme ist nicht auf Einzelfälle beschränkt. STEVENSEN-JORDAN & HARRISON verwalten z.B. die Statistiken von ungefähr dreißig Fachverbänden ²⁾. Das dargestellte Beispiel genügt, um zu zeigen, daß die Stabilisierung der Industrie durch den Austausch von Handelsstatistiken allein nicht erreicht werden kann. Selbst Oligopolisten muß zuweilen gelehrt werden, was die Theorie als rationales Verhalten von ihnen erwartet ³⁾. Die Empfehlungen werden hier zu umfassender Erziehung, man könnte sagen, zum Unterricht in theoretischer Volkswirtschaftslehre, während die Statistiken als Anschauungsmaterial Experimente in monopolistischer Preispolitik ermöglichen.

Demgemäß hat sich auch EDDY, nach PICKEL ⁴⁾ einer der schärfsten Feinde des Wettbewerbs und bester Kenner tatsächlichen oligopolistischen Verhaltens ⁵⁾, nicht mit einem Informationsaustausch begnügt, sondern eine "klar formulierte Politik und eine auf die Politik abgestellte 'concerted action' gefordert" ⁶⁾.

1) vgl. im einzelnen MESTMÄCKER, Diss. S.97 u.98

2) PEARCE, TNEC Monogr.No.18, S.239, zitiert nach MESTMÄCKER (Diss.)

3) Unterstreichung vom Verfasser

4) 'Preismeldestellen und Kartellverbot', BB 1963, S.702 ff. unter IV "Der Eddy-Plan".

5) PICKEL, 'Preismeldestellen und Kartellverbot', BB 1963, S. 703 "Entdecker wichtiger allgemeiner wirtschaftlicher Zusammenhänge"

6) EDDY, 'The new competition', S.119 ff., vgl. auch PICKEL, BB 1963, S. 703

Schließlich wäre SCHMIDT noch zu fragen, warum wohl die Fensterglas- und die Kraftfahrzeugreifenhersteller so großen Wert auf ein den Rabattwettbewerb ausschließendes Rabattkartell legen. Zweifellos handelt es sich um Oligopole, die homogene Güter anbieten. SCHMIDT ¹⁾ nimmt sogar ausdrücklich Bezug auf den Fensterglasfall. Da SCHMIDT ferner die Bußgeldpflicht bei "künstlicher" Markttransparenz ausgelöst wissen will, da also auch in jedem Oligopol die subjektiven Voraussetzungen gegeben sein müssen, müßten SCHMIDT's Mechanismen auch diesen Oligopolisten bekannt sein. Warum unterziehen diese Hersteller sich den Mühen eines Musterprozesses mit allen seinen Auflagen und Gutachten mit der Folge der Durchleuchtung des gesamten Verhaltens unter den Augen der Öffentlichkeit, wenn dieselbe Folge mit einem einfachen Informationsaustausch zu erreichen wäre ? Die Antwort ist einfach. Die "games of theorie", mögen interessant und für die Geistesschulung nützlich sein. Der Oligopolist, der das wirkliche Verhalten seiner Wettbewerber kennt, verläßt sich jedoch lieber nicht darauf, daß sich diese an die Prämissen der Theorie halten. Wer eine Wettbewerbsform ausschließen will, verläßt sich lieber auf eine greifbare Wettbewerbsbeschränkung als auf "anerkannte Erkenntnisse der Volkswirtschaft".

c) Ausschluß des Qualitäts-, Konditionen- und Service- Wettbewerbs ?

Der geringe Wirklichkeitsgehalt der Thesen SCHMIDT's wird bei der Betrachtung des Nebenleistungswettbewerbes noch deutlicher. Es liegt auf

1) SCHMIDT, 'Markttransparenz als Voraussetzung für Wettbewerbsbeschränkungen' in WuW 1963, S. 97

der Hand, daß diese Formen des sogenannten Nebenleistungswettbewerbes nicht durch eine Preis- und Rabatttransparenz ausgeschlossen werden können. Hierzu bedürfte es vielmehr einer Offenlegung der Qualitäten, der Konditionen, der Werbeaufwendungen und -Formen sowie des Service. Derartige Marktinformationen sind jedoch verhältnismäßig selten. Marktinformationen erstrecken sich allenfalls noch auf Konditionen oder, sofern eine Normung vorliegt, auf Qualitäten. SCHMIDT führt die Möglichkeit des "Nebenleistungswettbewerbs" unter Bezugnahme auf die "herrschende nationalökonomische Lehre" darauf zurück, daß bezüglich dieser Aktionsparameter keine oder doch nur eine geringere Markttransparenz vorliege ¹⁾.

SCHMIDT unterliegt hier jedoch zwei Irrtümern. Einmal bedeutet eine häufigere Änderung von Aktionsparametern und ihre Ungleichförmigkeit noch nicht Wettbewerb. Die häufigere Änderung von Aktionsparametern zeigt vielmehr lediglich, daß der Spielraum der Wettbewerber größer ist. Ein größerer Spielraum indiziert aber eher, daß die Wettbewerber keinem Druck und somit nur geringem Wettbewerb ausgesetzt sind.

Der zweite Irrtum SCHMIDT's liegt darin, daß er glaubt, die Nebenleistungstransparenz sei gegenüber der Preis- Sonderpreis- und Rabatttransparenz geringer.

Dies ist vielmehr nur gegenüber allgemein zugänglichen Preislisten, nicht aber gegenüber einzelnen Abnehmern eingeräumten Sonderpreisen oder Rabatten richtig. Wer die Marktforschungen namentlich

1) a.a.O., S. 101

von Unternehmen, die auf oligopolistischen Märkten tätig sind, kennt, weiß, wie genau auch der sogenannte Nebenleistungswettbewerb beobachtet und wie genau Veränderungen bei den Wettbewerbern registriert werden. Bei diesen Aktionsparametern bestehen auch keine Schwierigkeiten, Änderungen der Wettbewerber zu erfahren.

Die Werbung richtet sich an die Öffentlichkeit, ist also auch den Wettbewerbern frei zugänglich. Der Service ist leicht durch Strohmänner zu erfahren. Die Qualitäten sind leicht durch Erwerb eines Wettbewerbsproduktes festzustellen und es dürfte kein Geheimnis sein, daß die Labors und Prüfungsabteilungen zumindest von Oligopolisten weitgehend auch damit beschäftigt sind, die Qualität von Wettbewerbsprodukten zu ermitteln.

Diese Möglichkeiten bestehen andererseits nicht bei Sonderpreisen oder -Rabatten. Diese sind lediglich von den jeweiligen Vertragsparteien zu erfahren, dem Markt also nicht offenkundig.

Es mutet nun merkwürdig an, daß die "herrschende nationalökonomische Lehre" wie SCHMIDT sie sehen möchte, an der Tatsache der weitgehenden Nebenleistungstransparenz für die Anbieter einfach vorbeigeht und behauptet, der mögliche und gegebene Nichtpreiswettbewerb sei auf die fehlende Markttransparenz der Anbieter zurückzuführen. Das Gegenteil ist richtig. Diese Aktionsparameter sind vielmehr weitgehend für den Anbieter ermittelbar und werden ermittelt.

Fraglich ist die Transparenz vielmehr lediglich in manchen Fällen für die Nachfrager. Sicherlich haben auch diese die Möglichkeit, die Qualitäten zu prüfen, die Werbung zu beobachten, den Service zu erkunden

und die Konditionen zu erfragen. Hiervon wird auch Gebrauch gemacht, soweit es sich um Nachfrager handelt, die die technischen und finanziellen Möglichkeiten haben, diese Daten festzustellen. Auf derartigen Märkten zeigt sich dann jedoch meist die Folge, daß auch diese Marktdaten sich anzugleichen pflegen. Grund hierfür ist nach Auffassung des Verfassers jedoch weniger, daß die Abnehmer sich beispielsweise Qualitätstransparenz verschafft haben. Maßgebender ist vielmehr, daß die Abnehmer qualitätsbewußt sind. Daraus folgt, daß das Aktionsparameter "Qualität" aufgewertet wird. Der Anbieter wird aber vorwiegend mit dem Aktionsparameter operieren, auf dem die Nachfrager am deutlichsten reagieren. Hier wird der Wettbewerb seine Schwerpunkte finden mit der Folge, daß eine Angleichung der Leistungen erfolgt.

Die Richtigkeit dieser Auffassung wird durch Beobachtung von Märkten bestätigt, in denen die technische Informiertheit oder doch scheinbar bessere technische Informiertheit des Käufers schlagartig erhöht wird. Zu denken ist hierbei an die Beobachtungen auf Konsumgütermärkten vor und nach der Veröffentlichung eines Warentestes.

Während Weiterverarbeiter normalerweise technisch verhältnismäßig gut informiert sind, fehlt eine solche gute technische Information üblicherweise bei Waren, die an den Endverbraucher verkauft werden. Es wird demgemäß allgemein als das Ziel einer guten Wirtschaftspolitik angesehen, dem Käufer gute technische Informationen zu verschaffen ¹⁾. Diese Bemühungen, die sich bereits im behördlichen

1) vgl. BRINKMANN, 'Markttransparenz und Wettbewerbsrecht' S. 8 u. 9

Trott festzufahren drohten, wurden maßgeblich durch Auftreten der Zeitschrift "Die DM" gefördert. An dieser Stelle soll kein Wert- oder Unwerturteil über die Güte und Objektivität der Warentest der DM abgegeben werden. Aufschlußreich ist jedoch die Tatsache, daß es offensichtlich viele Fälle gegeben hat, in denen vor einem Warentest qualitätsmäßig sehr unterschiedliche Konsumgüter angeboten wurden. Soweit diese Angebote nicht von Kleinfirmen, sondern von Großfirmen angeboten wurden, dürfte wohl davon auszugehen sein, daß diesen die qualitätsmäßigen Mängel im Vergleich zu den Wettbewerbsprodukten durchaus bekannt waren. Trotz gegebener Anbietermarkttransparenz, die lediglich wegen des Verbotes der bezugnehmenden und vergleichenden Werbung von den Wettbewerbern nicht werblich ausgewertet werden konnte, ist also offensichtlich keine Qualitätsangleichung erfolgt ¹⁾.

Nach Veröffentlichung der Warenteste zeigt sich nun, daß die meisten Firmen, deren Waren als qualitätsmäßig unterlegen gekennzeichnet wurden, sofort reagierten und ihre Produkte dem Qualitätsstandard der Wettbewerber anpaßten.

Diese Vorgänge, die der Verfasser entgegen SCHMIDT durchaus nicht für negativ hält, zeigen folgendes:

- 1) Marktkennntnisse, die lediglich die Anbieter haben, sind nicht geeignet, zu einer Angleichung der Aktionsparameter zu führen.
- 2) Die fehlende Gleichförmigkeit von Aktionsparametern ist kein Ausdruck von Wettbewerb, sondern lediglich davon, daß die Anbieter einer tatsächlichen Änderung eines Aktionsparameters wenig Wert beimessen, und sie nicht mit einer Reaktion der Nachfrager rechnen.

1) Für SCHMIDT, der die Ungleichheit von Aktionsparametern offensichtlich für Wettbewerb hält, also ein begrüßenswerter Zustand.

- 3) Vollständige Markttransparenz, d.h. Markttransparenz auf beiden Seiten ist geeignet, Aktionsparameter anzugleichen, sofern die Abnehmer diesen Aktionsparameter Wert beimessen, die Änderung für die Anbieter also fühlbar wird.

Am Beispiel des Qualitätswettbewerbs wird somit besonders deutlich, daß Markttransparenz der Anbieter allein nicht zu gleichförmigem Verhalten führen muß.

Es konnte auch gezeigt werden, daß die qualitätsmäßig schlechtere Firma den vorangegangenen Qualitätsverbesserungen der Wettbewerber mit Ruhe zugeesehen hat. Aus dem obengenannten Beispiel der Praxis zeigt sich ferner, daß die übrigen, ihre Qualität verbessernden Wettbewerber die Reaktionen offensichtlich nicht gefürchtet haben, obwohl ihnen klar sein mußte, daß die Konkurrenz die Qualitätsverbesserungen sehr bald, und zwar erheblich eher als die Abnehmer, erfahren würde.

Das Beispiel zeigt schließlich, daß die Reaktionen des Wettbewerbs nicht durch die Markttransparenz zwischen den Anbietern ausgelöst werden, sondern dadurch, daß den Nachfragern technische Informationen zugänglich gemacht wurden.

Wenn also die SCHMIDT'sche Folgerung, im Oligopol hindere die Furcht vor Reaktionen den Einsatz eines Aktionsparameters überhaupt richtig ist, dann nur, wenn diese Markttransparenz sich auf beide Seiten, Anbieter und Nachfrager erstreckt und die Anbieter annehmen, daß die Änderung eines Aktionsparameters die Nachfrage zu Reaktionen veranlaßt, die für die Anbieter fühlbar sind.

Hier liegt die unrichtige Wertung der "herrschenden nationalökonomischen Lehre". Unter Markttransparenz wird nämlich die Durchschaubarkeit des

Marktes für beide Teile verstanden. SCHMIDT übernimmt zwar eingangs diese Definition ¹⁾. Er spricht auch bei seinen Ausführungen von Markttransparenz für Nachfrager und Anbieter. Er vergißt jedoch, daß Marktinformationsabkommen sich üblicherweise nur auf eine Marktseite zu erstrecken pflegen. SCHMIDT kann sich also nur für solche Informationsabkommen auf die herrschende nationalökonomische Lehre berufen, in denen Anbietern und Nachfragern gleichermaßen eine detaillierte Marktkennntnis verschafft wird, wobei zu bemerken ist, daß die von SCHMIDT als gefährlich angesehene Gleichförmigkeit gerade durch die Marktkennntnis der Abnehmer ausgelöst wird, sofern und soweit die Abnehmer auf die Änderung des jeweils offengelegten Aktionsparameters mit einem Lieferantenwechsel reagieren.

3. Marktinformation im heterogenen Oligopol bei friedlichem und rationalem Verhalten

Im wesentlichen kann auch für die Auswirkungen des Austausches von Informationen zwischen Anbietern im heterogenen Oligopol auf die Ausführungen zum homogenen Oligopol namentlich Abschnitt III. 2.c) betreffend den Qualitätswettbewerb Bezug genommen werden.

Das Besondere des heterogenen gegenüber dem homogenen Oligopol liegt lediglich darin, daß die Vergleichbarkeit der Waren fehlt oder doch erheblich geringer ist. Der Abnehmer hat also nur einen geringen Vergleichsmaßstab für die Preiswürdigkeit der heterogenen Güter. Hinzu kommt, daß er bei heterogenen Gütern wegen der fehlenden oder vermeintlich fehlenden Austauschbarkeit meist nur

1) a.a.O., S. 97

einen Lieferanten hat.

Dies zu Grunde gelegt, ist nicht einzusehen und SCHMIDT bleibt hierfür auch eine -und sei es auch unrichtige- Begründung schuldig, wieso Preistransparenz den Preiswettbewerb ausschließen muß. Die Furcht vor Reaktionen wird nämlich durch den Heterogenisierungsgrad bestimmt, den jeder Anbieter mehr oder weniger stark ändern kann. Senkt also ein Anbieter die Preise, so braucht er, gleichgültig ob dies versteckt oder offen geschieht, nicht unbedingt mit der Auslösung eines Preiskampfes zu rechnen. Sofern der Wettbewerber überhaupt Auswirkungen auf seine Geschäftsbeziehungen mit seinen Nachfragern fürchtet, ist nicht unbedingt mit der Auslösung eines Preiskampfes zu rechnen. Unter Umständen wird nämlich der Rivale mit einer Produktdifferenzierung antworten ¹⁾.

Ein Ausschluß des Wettbewerbs ist noch nicht einmal dann möglich, wenn auch der Nichtpreiswettbewerb transparent gemacht wird. Entscheidender ist vielmehr die Herstellung einer Vergleichbarkeit der Güter. Es wäre also eine Transparenz des Verhältnisses vom Preis zum Gut erforderlich. Die befürchteten Reaktionen hängen dann ferner noch von der Elastizität der Nachfrage ab, also davon, wie weit diese in der Lage ist, eines der heterogenen Güter gegen ein anderes auszutauschen.

Schließlich ist auch hier noch festzustellen, daß es nicht auf eine Markttransparenz für die Anbieter, sondern auf eine solche für die Nachfrager ankommt, da der Heterogenisierungsgrad

1) vgl. REISSER, S. 107

nicht durch die objektive Unterscheidbarkeit bestimmt wird, sondern dadurch, ob die Nachfrager den Heterogenisierungsgrad subjektiv erkennen. Solange der Abnehmermarkt also Wertunterschiede macht, bleiben dem Anbieter auch gewisse Bewegungsmöglichkeiten mit dem Aktionsparameter Preis. Wie groß dieser Spielraum ist, hängt vom Grad der Homogenisierung ab.

4. Voraussetzung für eine mögliche Beschränkung des Wettbewerbs

Zusammenfassend ist gegenüber SCHMIDT also festzuhalten, daß die Auswirkung eines Informationsaustausches zwischen oligopolistischen Anbietern verhältnismäßig gering ist. Entscheidend ist nicht in erster Linie die Kenntnisaufnahme von der Änderung eines Aktionsparameters durch einen Wettbewerber, sondern die Abnehmerreaktion und die Fühlbarkeit dieser Reaktion für den oligopolistischen Anbieter. Die Abnehmerreaktionen werden aber nicht durch Informationsaustausch zwischen den Anbietern, sondern durch Kenntnisse der Abnehmer ausgelöst.

Die These SCHMIDT's, Markttransparenz sei gleich Wettbewerbsbeschränkung, setzt somit folgendes voraus:

- 1.) Wenigen oligopolistischen Anbietern muß eine Vielzahl polypolistisch strukturierter Nachfrager gegenüberstehen. Die Güter müssen homogen sein.
- 2.) Beiden Marktpartnern muß vollständige Information über die Änderung jedes einzelnen Aktionsparameters erteilt werden.

- 3.) Die Nachfrageseite muß auf jede Änderung eines Aktionsparameters im Einzelfall insgesamt reagieren.
- 4.) Diese zu erwartende Reaktion muß von den oligopolistischen Anbietern erwartet werden.
- 5.) Wegen der Erwartung zu 4.) müssen die Oligopolisten auf die Änderung eines Aktionsparameters verzichten (friedliche Verhaltensweise).

Liegt eine dieser Voraussetzungen nicht vor, ist die Kausalkette durchbrochen und es kommt nicht zu den von SCHMIDT befürchteten Folgen. Im einzelnen ist zu diesen Prämissen folgendes festzustellen:

a) Angebots-Oligopol gegen Nachfrage-Polypol

Die von SCHMIDT vorausgesetzte Marktform, daß sich auf der einen Seite nur Oligopolisten als Anbieter und auf der anderen Seite nur Polypolisten als Nachfrager gegenüberstehen und daß ein voll homogenes Gut angeboten wird, ist so selten, daß man sie für die Betrachtung der Wirklichkeit nahezu außer acht lassen kann ¹⁾.

1) vgl. RICHTER, 'Preistheorie', Seite 187:
"Denn homogene Oligopole existieren praktisch überhaupt nicht."

EUCKEN ¹⁾ unterscheidet fünfundzwanzig Marktformen. Er faßt sie in der folgenden Tabelle zusammen:

Form des Angebots Form der Nachfrage	MARKTFORM				
	Konkurrenz	Teiloligopol	Oligopol	Teilmonopol	Monopol (Einzel- oder Kollektivmonopol)
Konkurrenz	Vollständige Konkurrenz	Angebots-Teiloligopol	Angebots-Oligopol	Angebots-Teilmonopol	Angebotsmonopol
Teiloligopol	Nachfrage-Teiloligopol	Beiderseitiges Teiloligopol	Teiloligopolistisch beschränktes Angebotsoligopol	Teiloligopolistisch beschränktes Angebots-Teilmonopol	Teiloligopolistisch beschränktes Angebotsmonopol
Oligopol	Nachfrageoligopol	Teiloligopolistisch beschränktes Nachfrageoligopol	Beiderseitiges Oligopol	Oligopolistisch beschränktes Angebots-Teilmonopol	Oligopolistisch beschränktes Angebotsmonopol
Teilmonopol	Nachfrage-Teilmonopol	Teiloligopolistisch beschränktes Nachfrage-Teilmonopol	Oligopolistisch beschränktes Nachfrage-Teilmonopol	Beiderseitiges Teilmonopol	Teilmonopolistisch beschränktes Angebotsmonopol
Monopol (Einzel- oder Kollektivmonopol)	Nachfragemonopol	Teiloligopolistisch beschränktes Nachfragemonopol	Oligopolistisch beschränktes Nachfragemonopol	Teilmonopolistisch beschränktes Nachfragemonopol	Beiderseitiges Monopol

1) EUCKEN, 'Die Grundlagen der Nationalökonomie', Seite 111

Zwanzig dieser Marktformen sind durch eine oligopolistische oder monopolistische Angebotsstruktur gekennzeichnet. In jeder dieser Formen dürfte ein anderes Verhalten zu erwarten sein, da die Reaktion von Wettbewerb und Nachfrage unterschiedlich sein wird oder doch zumindest unterschiedlich erwartet wird.

Hinzu kommt, daß es nach der modernen Oligopoltheorie keine objektiven Abgrenzungskriterien gibt. Entscheidend ist vielmehr der subjektive Wirtschaftsplan¹⁾. So ist es durchaus möglich, daß sich auf demselben Markt ein Anbieter oligopolistisch, ein anderer monopolistisch oder polypolistisch verhält. Dies ist Folge der Tatsache, daß das Konkurrenzbewusstsein in der Regel unterschiedlich ist. Man wird also allenfalls davon reden können, daß einzelne Wettbewerber sich oligopolistisch verhalten. Es ist ferner möglich, daß sie sich einem Wettbewerber gegenüber oligopolistisch verhalten, anderen gegenüber aber nicht. Dies hängt wiederum davon ab, wie sehr sie diesen einzelnen Wettbewerber fürchten oder wie hoch sie dessen Furcht vor ihnen selbst einschätzen.

Von einem Oligopol wird man aber nur dann sprechen können, wenn alle Wettbewerber oligopolistische Verhaltensweisen zeigen. Das braucht bei der unterschiedlichen Struktur der Märkte und der unterschiedlichen Mentalität der Wettbewerber durchaus nicht immer der Fall zu sein und kann insbesondere auch wechseln²⁾. Es hängt namentlich

1) vgl. SCHNEIDER, 'Einführung in die Wirtschaftstheorie', Bd. 2, S. 63 ff.

2) vgl. auch BARTHOLOMEYZIK, im Gemeinschaftskommentar. § 22 GWB. RN 65. der besonders auf den fortwährenden Wechsel zwischen oligopolistischer Konkurrenz und marktbeherrschendem Oligopol hinweist.

auch vom Abnehmermarkt und dessen Struktur ab. So kann zwischen einigen Anbietern ein erhebliches Konkurrenzbewußtsein bei Lieferungen an bestimmte Abnehmer, beispielsweise bei Lieferungen an die Deutsche Bundesbahn, gegeben sein. Andere Lieferanten, die die Deutsche Bundesbahn nicht beliefern oder nicht beliefern wollen, reagieren dann bei Preisänderungen nicht.

b) Volle Information der Nachfrage

Ohne Markttransparenz für die Nachfrager ist auch nicht mit einer vollständigen Reaktion -der dritten Voraussetzung- zu rechnen. Räumt ein Oligopolist nämlich einem seiner Kunden einen Sonderpreis ein, so wird dieser zwar versuchen, auch seine anderen Lieferanten auf diesen Preis oder noch unter diesen Preis zu drücken. Keinesfalls wird er aber seine Wettbewerber informieren. Sein Bestreben wird es vielmehr gerade sein, diesen Sondervorteil, der seine Wettbewerbsfähigkeit gegenüber seinen Wettbewerbern verbessert, streng geheim zu halten. Mit einer Reaktion der gesamten Nachfrage ist also nicht zu rechnen ¹⁾. Die Anbieter kennen dieses Bestreben der einzelnen mit Sondervorteilen bedachten Nachfrager und werden demgemäß auch nicht den Druck der Gesamtnachfrage fürchten. Damit brauchen sie aber auch lediglich mit Reaktionen der Wettbewerber zu rechnen, die gerade diesen Abnehmer beliefern.

1) vgl. BEHRENS, 'Marktinformation', S. 160:
"Warum sollte sich ein Nachfrager um einen Vorteil bemühen, der ihn selbst nicht in eine günstigere Position gegenüber seinen Wettbewerbern bringen kann?"

c) Reaktion der Nachfrage

Marktkennntnisse der Nachfrager sind geeignet, weitgehende Reaktionen auszulösen. Demgemäß erwarten BRINKMANN ¹⁾, GRIESBACH ²⁾ und RINCK ³⁾ von einer weitgehenden Abnehmerinformation auch wettbewerbsfördernde Impulse. Dies kann tatsächlich eintreten. Erfährt nämlich ein Abnehmer davon, daß einem seiner Konkurrenten ein Sonderpreis eingeräumt worden ist oder daß ein anderer Lieferant besser liefert, wird er seinen Lieferanten unter Hinweis auf diese Wettbewerbspreise verstärktem Druck aussetzen, mit einem Lieferantenwechsel drohen und ihn notfalls auch vollziehen.

Es ist aber ebensogut möglich, und dieser Fall dürfte bei einer Transparenz für Nachfrager wahrscheinlicher sein, daß durch die Nachfragetransparenz die von SCHMIDT gefürchteten Folgen, nämlich ein Stagnieren des Wettbewerbs, eintreten wird.

Diese Gefahr wurde bereits oben für die Marktform der Konkurrenz gezeigt. In einer oligopolistischen Marktform erhöht sich diese Gefahr um ein Vielfaches ⁴⁾.

1)' Markttransparenz und Wettbewerbsrecht, BB S.15

2)' Denaturierte Markttransparenz, DB S.1621 ff.

3)' Die Markttransparenz, S. 105 u.108

4) Hierzu noch ein Beispiel der Praxis: Nach Erscheinen der Aufsätze von GRIESBACH und RINCK war in einem der betreuten Kreise die Anregung gemacht worden, alle Daten den Abnehmern aufzudecken. Dieser Plan scheiterte daran, daß damit die Möglichkeit von Sonderzugeständnissen, auf die großer Wert gelegt wurde, praktisch entfiel mit der Folge, daß die Entscheidungsfreiheit zu sehr eingeengt würde.

Durch die Veröffentlichung von Statistiken, die die Absatzlage dokumentieren (Gegenüberstellung von Produktion, Lagerhaltung und Umsatz), kann allerdings der Wettbewerbsdruck der Abnehmer wachsen oder sich vermindern, je nachdem, ob eine Über- oder Unterproduktion ausgewiesen wird. Diese Wirkungen werden dann aber wieder durch eine Veröffentlichung der Preisstatistik, wie oben gezeigt, gemildert.

d) Befürchtung einer Kampfreaktion der Wettbewerber

Auch die Voraussetzung, daß ein Oligopolist immer mit einer Kampfstrategie der Wettbewerber rechnet, ist nur selten gegeben. Oben ¹⁾ wurde bereits gezeigt, daß eine Kampfreaktion als Antwort auf einzelne Preiszugeständnisse ohne Marktinformation wahrscheinlicher ist als mit Marktinformation zwischen den Anbietern. Die Kampferwartung kann aber, wie vorstehend gezeigt, sicher dadurch verstärkt werden, daß auch den Nachfragern vollständige Marktkennntnis zur Verfügung steht.

Immerhin ist aber auch dann nicht auszuschließen, daß ein Oligopolist mit einer Tolerierung der Wettbewerbsmaßnahme rechnet, zumal wenn er fernern annimmt oder annehmen kann, daß die Abnehmerreaktion nur gering sein wird.

e) Immer Wettbewerbsverzicht ?

Der von SCHMIDT befürchtete Verzicht auf Wettbewerb in Kenntnis der oben genannten Tatsachen ist nur eine mögliche Reaktion auf einem wie oben gekennzeichneten Markt. Ein solches "typisches oligopo-

1) siehe D IV 2 a

listisches Verhalten" gibt es jedoch nicht. Ratio und Theorie mögen es dem Oligopolisten zwar ange-
raten erscheinen lassen, bei entstehender Homoge-
nität der Güter tunlichst keine Veränderung seiner
Aktionsparameter vorzunehmen. Ein solches typisches
oligopolistisches Verhalten gibt es jedoch nicht.
Für das Oligopol sind vielmehr sowohl Preiskämpfe
als auch Kartelle als auch Preisführerschaft,
Nichtpreiswettbewerb und dazwischen liegende Ver-
haltensweisen typisch ¹⁾.

6. Zusammenfassung

Zusammenfassend ist somit festzustellen, daß die
Prämissen von SCHMIDT weit von der Wirklichkeit
entfernt sind und nur in den allerseltensten Fäl-
len zutreffen dürften ²⁾. Sie bekommen jedoch
dann einen gewissen Wirklichkeitsgehalt, wenn
nicht nur den Anbietern, sondern auch den Nach-
fragern umfassende Marktkennntnis verschafft wird.

1) REISSER, a.a.O., S. 106

2) vgl. auch RICHTER, 'Preistheorie', S. 195 und
S. 198

Zweiter Teil =====

Rechtliche Beurteilung

A. Das Recht der Informationsaustauschverträge in anderen Staaten

Informationsaustauschverträge werden außer in Deutschland vorwiegend in den USA, dem Heimatland dieser Institution und in England praktiziert. BEHRENS ¹⁾ berichtet neuerdings auch vom Auftauchen des Gedankens des Informationsaustausches in der Schweiz. Während sich aber die Literatur der wirtschaftlich sehr liberal eingestellten Schweiz des Informationsaustausches in rechtlicher Hinsicht überhaupt noch nicht angenommen hat und in England erst neuerdings volkswirtschaftliche Bedenken ²⁾ laut werden, haben sich in den USA die Gerichte und Verwaltungsbehörden eingehend mit diesem Thema beschäftigen müssen. Die Erörterung der rechtlichen Situation in den USA sei daher vorangestellt.

I. Die rechtliche Beurteilung in den USA

Während die ältere deutsche Literatur, die sich mit Informationsaustauschverträgen näher befaßt,

1) 'Marktinformation und Wettbewerb', S. 112

2) vgl. die Auseinandersetzung zwischen METZINGER, Informationsverträge in Großbritannien in WRP 1964, S. 37 ff.; derselbe, 'Neue Stimmen zu den englischen Informationsvereinbarungen' in WRP 1964, S. 72 ff. und 'Informationsverträge in Großbritannien und kein Ende' in WRP 1964, S. 232 ff. einerseits und andererseits PICKEL, 'Preismeldestellen und Kartellverbot', BB 1963, S. 699 ff. und MARKERT, 'Nochmals: Informationsverträge in Großbritannien' in WRP 1964, S. 152 ff.

die Zulässigkeit jeglichen Informationsaustausches gerade mit der amerikanischen Rechtsprechung zum OPS begründet ¹⁾, sind neuerdings Stimmen laut geworden, die umgekehrt in der amerikanischen Praxis die Anregung gefunden zu haben glauben, daß Marktinformationsverträge unter gewissen Bedingungen auch in Deutschland gegen das Gesetz verstießen ²⁾.

Um sich ein richtiges Bild von dem OPS amerikanischer Prägung machen zu können, ist ein kurzer Blick auf die geschichtliche Entwicklung unerlässlich.

1. Geschichtliche Entwicklung in den USA

Als nach dem amerikanischen Bürgerkrieg (1861 bis 1863) die rasch vorwärtsdrängende Entwicklung zu Zusammenschlüssen und Absprachen führte, deren Auswirkungen die Kritik der Öffentlichkeit erregten, nahm sich die Gesetzgebung dieser Mißstände an. Bis 1890 erließen 13 Bundesstaaten Antitrustgesetze. Diese reichten jedoch insbesondere wegen der territorialen Beschränkung ihres Geltungsgebietes nicht aus. Am 2.7.1890 unterzeichnete der

-
- 1) vgl. insbesondere BEHRENS, 'Das Open-Price-System, Systematik und rechtliche Beurteilung nach dem GWB' in WRP 1958, S. 105; MENZE, 'Unternehmerische Zusammenarbeit', S. 50 FN 11 und KRAHE, Markttransparenz und Betriebserfolg in WuW 1959, S. 180
 - 2) vgl. insbesondere PICKEL, 'Neuere amerikanische Verwaltungspraxis zu Preismeldestellen und anderem Informationsaustausch zwischen Wettbewerbern' in WuW 1963, S. 28 ff.; derselbe, 'Preismeldestellen und Kartellverbot', BB 1963, S. 699 ff., 902 ff.; derselbe, 'Die Bedeutung der Diskussion der amerikanischen Rechtspraxis zu den Preismeldestellen für die Auslegung und Anwendung des GWB' in WRP 1964, S. 1 ff.; MARKERT, 'Kartellrechtliche Beurteilung von Preismeldeverträgen' in DB 1963, S. 1455

Präsident der USA "an Act to protect trade and commerce against unlawful restraints and monopolies", den sogenannten Sherman Act. Der Sherman Act verbietet in § 1 unter Strafandrohung jeden Vertrag, jeden Zusammenschluß und jedes vereinbarte Zusammenwirken zur Beschränkung der gewerblichen Betätigung sowie in § 2 die Monopolisierung irgendeines Bereiches der gewerblichen Betätigung ¹⁾. Damit mußte sich die amerikanische Industrie, soweit sie kartelliert war, auf die neuen Gegebenheiten des Wettbewerbs einstellen.

Diese Anpassung an die Gesetzeslage hatte zwei Folgen. Einmal wurde versucht, durch lose Zusammenkünfte die sogenannten Frühstückskartelle oder "Gary dinners" also durch unverbindliche Absprachen auf gesellschaftlicher Basis den Wettbewerb zu beschränken.

Andererseits ist unverkennbar, daß die Auflösung eines Kartells neue Informationsbedürfnisse bringt. Während vordem der Preis eines Produktes wegen der bestehenden Kartellbindung bekannt war, fehlten nunmehr den Wettbewerbern alle Informationen. Unverkennbar war und ist die Befriedigung dieses Informationsbedürfnisses nicht nur legal, sondern auch für das Funktionieren des Wettbewerbs unabdingbar.

Der Chicagoer Rechtsanwalt EDDY erkannte die hier eröffneten Möglichkeiten; ein legales Mittel in Verbindung mit den alten Frühstückskartellen und einer Fülle von Klauseln, die für sich genommen harmlos aussehen zu verwenden, um einen Wettbewerb, den er als "Krieg" oder "Hölle" bezeichnet, zu

1) Frankfurter Kommentar, Einleitung, Anhang A
Tz 4 - 6

vermindern. Seine Vorschläge hat er 1912 in der Monographie "The New Competition" ¹⁾ zusammengefaßt. Es ist das Verdienst PICKELS ²⁾, diesen Zweck und die Mittel zur Erreichung dieses Zweckes aufgezeigt zu haben ³⁾. Ob die Wertung EDDY's durch PICKEL in Bezug auf seinen Wettbewerbsbegriff allerdings richtig ist, mag dahinstehen. Zu bedenken ist nämlich die historische Situation EDDY's. Es steht zu vermuten, daß der Wettbewerb in seinen tatsächlichen Auswirkungen ganz anderer Gestalt war als unser heutiger Wettbewerb. Das verkennt auch BEHRENS, der glaubt, aus dem "EDDY-Plan" Rückschlüsse für unsere heutige Situation ziehen zu können ⁴⁾.

So hat sich die amerikanische Trustbildung -deren Bekämpfung der Sherman Act sich zunächst zum Ziel gesetzt hatte, die aber später vernachlässigt wurde ⁵⁾- unter Wettbewerbsformen vollzogen, die auch heute kaum als legal angesehen werden können ⁶⁾. Immerhin ist festzustellen, daß ein Teil der Vorschläge EDDY's, wie der Ausschluß von Diskriminierungen, allerdings mit Einschränkungen, im Clayton Act angestrebt und im Robinson Patman Act verfeinert wurden ⁷⁾.

1) London und New York 1912

2) 'Preismeldestellen und Kartellverbot', BB 1963, S. 699 ff., S. 702 ff.

3) im einzelnen vgl. die Würdigung PICKELS a.a.O., S. 702, sowie "Die Bedeutung der Diskussion der amerikanischen Rechtspraxis zu den Preismeldestellen für die Auslegung und Anwendung des GWB" in WRP 1964, S. 3 ff.

4) Marktinformation und Wettbewerb, S. 178

5) Frankfurter Kommentar, Einleitung, Anhang A Tz 7

6) Nicht zuletzt zur Regulierung übersteigerten Wettbewerbs führten die Reformbewegungen zum Federal Trade Commission Act vom 26.9.1914. Dieses Gesetz verbietet unter anderem in einer Generalklausel (§ 5) den unlauteren Wettbewerb.

7) vgl. auch MARKERT, 'Preismeldeverträge und Oligopol', BB 1963, S. 62

Wenn BEHRENS aber nunmehr glaubt, aus dem EDDY-Plan Rückschlüsse für die Anwendung des GWB ziehen zu können, so steht dem entgegen, daß EDDY offensichtlich keinen Unterschied macht zwischen Wettbewerb, der sich in lauterer und solchem, der sich in unlauteren Formen vollzieht ¹⁾.

Erklärter Zweck des OP-Systems EDDY'scher Prägung war es daher, den alten "halsabschneiderischen", insbesondere den unlauteren Wettbewerb auszuräumen. An anderer Stelle erklärt er offen, der Wert seines Systems sei es, Verminderung des Wettbewerbs und die Erhöhung der Preise anzustreben ²⁾.

Entgegen der Auffassung von BEHRENS ³⁾ ist jedoch festzustellen, daß die in Deutschland tätigen Preismeldeverfahren ~~im~~ wesentlichen nicht der EDDY'schen Vorstellung entsprechen. Schon EDDY hat nämlich ganz klar erkannt, daß es nicht genüge, die Offen-Preispolitik durch individuellen Informationsaustausch zu verwirklichen. Sie bedürfe vielmehr zu ihrer Durchsetzung einer klar formulierten Politik, einer auf diese Politik abgestellten 'concerted action'. Zur Offen-Preispolitik gehören ferner ganz allgemein offene und am besten auch öffentliche Diskussionen, in welchen scharfe und bohrende Fragen gestellt werden sollten, die bekannte Tatsachen des Preismeldeverfahrens betreffen. Wenn Unterbietungen vorgekommen seien, solle der Unterbieter erklären, was ihn zu der Unterbietung veranlaßt habe.

-
- 1) vgl. PICKEL, 'Die Bedeutung der Diskussion der amerikanischen Rechtspraxis' in WRP 1964, S.4 unter Hinweis auf EDDY, S. 353
 - 2) a.a.O., S. 15,16; vgl. auch PICKEL, 'Preismeldestellen und Kartellverbot', BB 1963, S.702,703
 - 3) 'Zur Zulässigkeit des Open-Price-Systems' in WRP 1960, S.57,59 und 'Die überforderte Markttransparenz' in WRP 1962, S.29

demgemäß beschränken sich die OP-Systeme der älteren amerikanischen Zeit auch nicht auf den Austausch vergangener Marktdaten. Sie sahen daneben insbesondere vor, daß von veröffentlichten Preisen nicht abgewichen werden dürfe (Preislistentreue) und daß Preisänderungen erst eine gewisse Zeit nach der Meldung durchgeführt werden dürften. Ihr Kern war daneben die nimmermüde Einflußnahme des Geschäftsführers auf die Mitglieder, die Produktion zu beschränken und die Preise nicht zu senken ¹⁾.

Besondere Bedeutung fanden diese Abmachungen während der Zeit des New Deal. Der National Industrial Recovery Act (NRA) gab den Behörden weitgehende Befugnisse zur Bekämpfung der Depression ²⁾. In Zusammenarbeit mit den Wirtschaftsverbänden wurden "Codes of Fair Competition" erlassen, denen vom Präsidenten Gesetzeskraft verliehen wurde. Diese bedienten sich weitgehend auch des OP-Systems, das jedoch nicht auf einen reinen Informationsaustausch beschränkt wurde, Üblich waren vielmehr die sogenannten waiting periods ³⁾, die Verpflichtung, Preisänderungen nur in bestimmten Abständen vorzunehmen, Preislistentreue, genehmigte Mindestpreise usf. ⁴⁾. Als 1934 Beschuldigungen, insbesondere gegen die sogenannten waiting periods, laut wurden, einigte man sich darauf, daß Preisänderungen mit Eintreffen der Meldung bei der Zentralstelle wirksam wurden. Preiserhöhungen waren erst

1) vgl. im einzelnen oben D I 1

2) vgl. auch Frankfurter Kommentar, Einleitung, Anhang A Tz 14

3) Nach MESTMÄCKER, Diss. S.73 enthielten 77 % der genehmigten Preismeldestellen waiting periods.

4) vgl. im einzelnen BEHRENS, 'Das Open-Price-System', WuW 1958, S. 105; MESTMÄCKER, Diss., S.63

48 Stunden nach der letzten Meldung zulässig.

Diese Form der OP-Systeme fand ihr Ende, als der Supreme Court den NIRA für verfassungswidrig erklärte, weil er dem Präsidenten gesetzgebende Befugnisse übertrug, ohne gleichzeitig Normen festzulegen, die ihn bei ihrer Ausübung leiten konnten, und weil er in das Gebiet des innerbundesstaatlichen Handelns eingriff ¹⁾.

2. Die Beurteilung durch Gerichte und Verwaltung

Der Supreme Court hat zu Open-Price-Systemen in 5 Grundsatzentscheidungen Stellung genommen. In 2 Fällen wurde festgestellt, daß die Angeklagten sich keiner "Conspiration" schuldig gemacht hatten ²⁾. In 3 Fällen stellte der Supreme Court fest, daß eine solche vorgelegen haben müsse ³⁾. Diese Entscheidungen, die auch heute noch für die amerikanische Praxis weitgehend maßgebend sind ⁴⁾, seien im folgenden in der historischen Reihenfolge skizziert.

-
- 1) Schechter Poultry Co v. US 295 US 45; vgl. auch Frankfurter Kommentar, Einleitung, Anhang A Tz 14
 - 2) Hierbei handelt es sich um die Fälle: Maple Flooring Manufacturers Association v. U.S., 268, U.S. 563 (1923); Cement Manufacturers Protective Association v. U.S., 268, U.S. 588 (1925)
 - 3) Hierbei handelt es sich um die Fälle: American Column and Lumber Co. v. U.S., 257, U.S. 377 (1921); United Linseed Oil & Co. v. U.S., 262, U.S. 371 (1923) und Sugar Institute v. U.S., 297, U.S. 533 (1936)
 - 4) ENGELMANN, 'Der Kampf gegen die Monopole in den USA', S. 103 meint allerdings, daß inzwischen ein Umschwung festzustellen sei

a) American Column and Lumber Co v.U.S. 1)

Da es sich hier um den ersten EDDY-Plan handelt, der dem Supreme Court zur Beurteilung vorlag, soll er ausführlicher behandelt werden, zumal er symptomatisch für alle anderen verbotenen OP-Systeme ist.

Der Plan zerfiel in zwei Teile, einen schriftlich n fixierten und einen praktizierten. Schriftlich fixiert waren folgende sechs Berichte, die die Mitgliedsfirmen an den Sekretär (Zentralstelle) zu machen hatten.

1. Ein täglicher Bericht über alle getätigten Verkäufe. Die Berichte mußten exakte Kopien der übernommenen Aufträge sein ²⁾. Die Berichte mußten Art, Klasse und Qualität der verkauften Waren angeben und jede Art von Nebenabmachungen.
2. Tägliche Meldungen der Auslieferungen einschließlich der Übersendungen der Rechnungskopien.
3. Ein monatlicher Produktionsbericht.
4. Ein monatlicher Lagerstandsbericht mit dem Stand per Ersten jeden Monats.

1) 257 US 377 ff.(1921) ausführlich aufgeführt bei OPPENHEIM, 'Federal Antitrust Laws, Cases and Comments', S.138 ff. und MESTMÄCKER, S. 38 ff.; vgl. auch KEMKER, 'Die statistische Tätigkeit von Wirtschaftsverbänden', (in den USA), S.8 ff.; vgl. auch METZINGER, 'Zur Diskussion der Preisaustauschverträge', WRP 1963, S. 381 ff. und KRIEGER, 'Das Recht der Informationsaustauschverträge in den USA und in Deutschland' in WuW 1963, S. 463,464

2) OPPENHEIM, a.a.O., S.139 rechte Spalte; MESTMÄCKER, Diss., S. 38

5. Preislisten waren einzureichen, sobald sie fertiggestellt waren.
6. Die Angaben der Mitglieder wurden regelmäßig kontrolliert, die Reststellungen wurden in einem Prüfungsbericht festgehalten.

Alle Berichte wurden ausführlich besprochen, Verstöße gegen die Berichtspflichten mit Vertragsstrafen belegt.

Der Sekretär hatte jedem Mitglied folgende Berichte zu senden.

1. Einen monatlichen Gesamtbericht, der die Produktion jedes einzelnen Mitgliedes zeigte.
2. Einen wöchentlichen Bericht, der jeden einzelnen Verkauf aufführte mit Angabe des Preises. Der Name des Käufers wurde genannt.
3. Ein wöchentlicher Bericht über alle Verfrachtungen (Auslieferungen).
4. Einen monatlichen Bericht, der den Lagerbestand jedes Mitgliedes zeigte.
5. Eine monatliche Zusammenfassung der Preislisten, die er von den Mitgliedern bekommen hatte. Änderungen der Preislisten wurden darüberhinaus sofort bekanntgegeben.
6. Ein Marktbericht, der eine Analyse der Marktgegebenheiten gab.

Das Gericht stellte jedoch fest, daß dies lediglich der Plan auf dem Papier gewesen sei. Bei der tatsächlichen Handhabung seien drei wichtige Dinge hinzugekommen.

1. Die Beteiligten hätten sich nicht nur, wie im Plan vorgesehen, einmal im Monat getroffen, sondern annähernd wöchentlich.
2. Vor jedem Treffen mußten die Beteiligten einen Fragebogen mit 11 Fragen ausfüllen. Die wichtigsten waren nach OPPENHEIM ¹⁾ Fragen nach der voraussichtlichen Produktion in den nächsten zwei Monaten, evtl. Gründe einer Ausweitung oder Einschränkung der Produktionen und die voraussichtliche Preisentwicklung.

Das Gericht stellt hierzu fest, daß jede dieser Fragen sich entgegen dem papierenen Plan nicht auf Marktdaten der Vergangenheit bezöge. Sie zeigten vielmehr eine Schätzung und Diskussion der zukünftigen Marktbedingungen durch jedes Mitglied. Die Koordination dieser Schätzungen und Diskussionen durch einen erfahrenen Analytiker hätte eine interessante Basis der Kooperation bedeutet.

3. Die Marktberichte des Sekretärs hätten sich nicht darauf beschränkt, vergangene Marktdaten anzugeben. Sie seien vielmehr viel weiter gegangen. Sie hätten angegeben, was jedes Mitglied in den nächsten beiden Monaten produzieren werde.

Nachdem das Gericht die Marktbriefe des Sekretärs, die Sitzungsprotokolle und die Briefe der Mitglieder an den Sekretär eingehend gewürdigt hat, kommt das Gericht zu folgenden (tatsächlichen) Feststellungen:

"Echte Wettbewerber machen nicht täglich, wöchentlich oder monatlich Berichte über die letzten

1) 'Federal Antitrust Laws', S. 140; auch MEST-MÄCKER, S. 38

Details ihrer Geschäfte an ihre Wettbewerber, wie es die Angeklagten getan haben; sie verpflichten sich nicht, wie es hier geschehen ist, ihre Geschäftsbücher der uneingeschränkten Prüfung und ihre Läger der uneingeschränkten Inspektion durch ihre Wettbewerber zur Verfügung zu stellen und zugänglich zu machen, um mit ihnen erfolgreich in Wettbewerb zu treten; und sie unterbreiten die Details ihres Geschäftes nicht zum Zwecke der Durchführung einer Analyse eines Experten, den sie gemeinsam bestellt haben, worauf sie dann von diesem eine "harmonisierte" Schätzung des Marktes erhalten, wie er ist und wie er nach dessen speziell und vertraulich informiertem Urteil zu werden verspricht. Dies ist nicht das Verhalten von Wettbewerbern, sondern so offensichtlich das von Personen, welche durch eine ausdrücklich oder stillschweigend getroffene Vereinbarung vereint sind, gemeinschaftlich zu handeln und einen gemeinsamen Zweck unter gemeinsamer Leitung zu verfolgen, einer Vereinbarung, welche, auch wenn es nicht geschrieben steht, daß sie eine Vereinigung zum Zwecke der Produktionseinschränkung und der Preiserhöhung darstellt, was, wie wir gesehen haben, der Fall ist, nichts desto weniger eine solche darstellt; denn diese Schlußfolgerung muß unvermeidlich aus den nachgewiesenen Tatsachen gezogen werden. Das erkennende Gericht wäre geblendet durch Worte und Formalien und würde die Wirklichkeit verkennen, eine Wirklichkeit, welche der Durchschnittsbürger klar sieht und versteht und als ein altes Übel in einem neuen Kleid mit einem neuen Namen verdammt, würde er solch abnormales Verhalten auf Seiten von 365 natürlichen Wettbewerbern, welche $\frac{1}{3}$ des Marktes für eine Ware von größter Wichtigkeit kontrollieren, als eine "neue Form des Wettbewerbs" und nicht als eine alte Form

des Zusammenschlusses zur Beeinträchtigung des Handels bezeichnen, die es so offensichtlich ist¹⁾.

Dieser Plan ist in seinem Wesen ganz einfach eine Erweiterung des gentlemen's agreement früherer Tage, listig erdacht, um dem Gesetz zu entgehen²⁾.

Das Gericht fährt an anderer Stelle fort³⁾, der Informationsaustausch gebe die Möglichkeit, mit den Mitteln gesellschaftlicher und sozialer Ächtung gegen denjenigen vorzugehen, der gegen die unausgesprochene Verständigung verstieße. Eine Verständigung darüber,

"daß alle unter der klugen Führung eines einzelnen Interpreten ihrer gemeinsamen Zwecke zusammen handeln müßten. Dies habe sich in den Sitzungsberichten von dem, was sie getan haben und was ihr ausdrücklicher Wille über das, was sie tun wollten, ausreichend gezeigt."

Das Urteil schließt:

"Überzeugt wie wir sind, daß Zweck und Erfolg der Handhabung des hier zu entscheidenden Open-Competition-Planes es war, den Wettbewerb zu beschränken und dadurch den innerstaatlichen Handel in Produktion und Verkauf durch 'concerted action' zu beeinträchtigen in Hinblick auf Produktionsbeschränkung und Preiserhöhung, stimmen wir mit dem District Court überein, der eine 'Combination' und 'conspiracy' im Sinne des Anti-Trust-Act von 1890 festgestellt hat."

1) Bis hierhin Übersetzung von PICKEL, 'Preismeldestellen und Kartellverbot', BB 1963, S. 704
2) 257 US 410 (1921)
3) OPPENHEIM, S. 142 rechte Spalte

Letztlich darf nicht unerwähnt bleiben, daß der Supreme Court festgestellt hat, daß die Preissteigerungen innerhalb eines Jahres für die verschiedenen Produkte und die verschiedenen Lieferanten zwischen 33,3 % und 34,3 % lagen ¹⁾.

Der Vollständigkeit halber muß ferner festgestellt werden, daß drei Richter des Gerichtshofes der Entscheidung nicht zustimmten und in der von den Richtern Brandeys und Holmes formulierten 'dissenting opinion' ausführten, daß einmal der erforderliche Beweis nicht erbracht worden sei, und daß zudem die Grundsätze des Sherman Act unrichtig angewandt worden seien ²⁾.

b) United States v. American Linseed Oil & Co. ³⁾

Über die bei den Hartholzherstellern festgestellten Tätigkeiten hinaus teilten die Leinölhersteller die Vereinigten Staaten in 8 Preiszonen und verhängten Vertragsstrafen nicht nur für festgestellte Meldeverstöße, sondern auch für Nichterscheinen bei den Sitzungen, auf denen die Marktbedingungen der Industrie besprochen wurden. Darüber hinaus hatten die Mitglieder an den Preisen, die sie dem Verband meldeten, festzuhalten, bis sie Änderungen zur Weitergabe gemeldet hatten. Diese Verpflichtung entfiel, wenn zu Bedingungen abgeschlossen wurde, die für den Kunden ungünstiger als die gemeldeten waren. ENGELMANN ⁴⁾

-
- 1) vgl. im einzelnen METZINGER, 'Zur Diskussion der Preisaustauschverträge', WRP 1963, S. 383
 - 2) vgl. im einzelnen METZINGER, a.a.O., WRP 1963, S. 381 ff.
 - 3) 262 U.S. 373 (1923); vgl. auch KEMKER, a.a.O., S. 11 ff.; MESTMÄCKER, Diss., S. 39 ff. und KRIEGER, 'Das Recht der Informationsaustauschverträge', WuW 1963, S. 464 ff.
 - 4) 'Der Kampf gegen die Monopole in den USA', 1951, S. 102

berichtet richtig, daß der Supreme Court hieraus geschlossen habe, die Betroffenen seien zum Festhalten an den "vereinbarten Preisen" verpflichtet worden. Daneben benutzten die Betroffenen ein einheitliches Kostenrechnungswesen und ein besonderes Frachttariffsystem.

Die Entscheidung bezieht sich ausdrücklich auf die Entscheidung betreffend die Hartholzhersteller ¹⁾.

Die Feststellung PICKEL's ²⁾, daß hiermit eine Erweiterung der vorherigen Rechtsprechung gegeben sei, ist unrichtig; hierzu bestand für das Gericht auch keinerlei Veranlassung, da die Leinölhersteller noch weiter gegangen waren als die Hartholzhersteller. Zweck des Vertrages sollte es nach seiner Präambel sein, unintelligenten Wettbewerb und Selbstsucht durch hundertprozentiges Vertrauen zu ersetzen. Über den Buchstaben des Vertrages hinaus stellt das Gericht zudem fest:

" All subjected themselves to an autocratic bureau, which became organizer and general manager, paid it large fees and deposited funds to insure their obedience..." ³⁾

Der Supreme Court grenzte diese unzulässigen wettbewerbsbeschränkenden Bindungen der Parteien von einem zulässigen Austausch wie folgt ab:

" We are not called upon to say just when or how far competitors may reveal to each the details of their affairs. In the absence of a purpose to monopolize or the compulsion that results from contract or agreement, the individual certainly may exercise great freedom, but concerted action is forbidden when the necessary tendency is to destroy the kind of competition to which the public has long looked for protection..." ⁴⁾

1) "To decide otherwise would be wholly inconsequent with the conclusion reaches in American Column and Lumber."

2) 'Preismeldestellen und Kartellverbot', BB 1963, S. 704

3) CCH Reporter Vol 1 § 4720. 89

4) CCH Reporter § 4720. 631

c) Maple Flooring Manufactures Association
v. U.S. ¹⁾

Diese Hersteller, deren Tätigkeit als gesetzmäßig anerkannt wurde, unterhielten folgendes Programm:

Durchschnittskostenrechnungen über Durchschnittskosten des Rohmaterials der Hersteller sowie Durchschnittsabfall bei der Herstellung. Aus diesen wurden die generellen Durchschnittswerte berechnet und an die Mitglieder weitergegeben. Meldungen über Art und Menge des verkauften Holzes, Daten der Verkäufe und erzielten Preise, durchschnittliche Frachtkosten, die gezahlten Kommissionen, Menge und Art des Lagervorrates, noch nicht erfüllte Aufträge, monatliche Produktion und neue Aufträge. Ein Frachttariffbuch, das an die Mitglieder verteilt wurde, enthielt die Transportkosten von den Verladeorten zu 5000 bis 6000 wichtigeren Städten der Vereinigten Staaten. Die Rückmeldungen erfolgten ohne Nennung der Namen der Käufer und betrafen abgeschlossene Geschäfte. Die Statistiken waren der Öffentlichkeit zugänglich ²⁾ und wurden in Sitzungen besprochen ³⁾.

Der District Court hatte die Mitglieder verurteilt, da der gehandhabte Plan die direkte und notwendige Tendenz habe, den Wettbewerb zu zerstören. Die gehandhabten Methoden hätten allezeit kontrollierenden Einfluß ausgeübt und die

-
- 1) (268 U.S. 563 1925) = OPPENHEIM, S. 146 ff.; vgl. auch MESTMÄCKER, Diss. S. 40 und PICKEL, 'Preismeldestellen und Kartellverbot', BB 63, S. 705; KEMKER, a.a.O., S. 12 ff. und KRIEGER, a.a.O., S. 460
 - 2) v.U.S. 268 U.S. Seiten 569, 573, 574; vgl. auch MESTMÄCKER, S. 40; OPPENHEIM, S. 147, 150, 151; PICKEL, 'Preismeldestellen und Kartellverbot', S. 705.
 - 3) OPPENHEIM, S. 151

ökonomischen Gesetze von Angebot und Nachfrage verfälscht 1).

Demgegenüber fand der Supreme Court keine Vereinbarung, die Preise festzusetzen. Bei der Prüfung der Frage, ob eine 'conspiracy in price-fixing' vorlag, stellt das Gericht zunächst fest, daß der Austausch von Marktinformationen zur Gleichförmigkeit der Preise führen wird. Die Kenntnis von der Nachfrage tendiere dazu, Überproduktionen und ökonomische Krisen zu verhindern, die durch Überproduktion hervorgerufen werden. Aber, so fährt der Supreme Court fort, der natürliche Erfolg der Verbreitung und Vertiefung des Wissens um Marktbedingungen könne kaum als Wettbewerbsbeschränkung verdammt werden. Selbst wenn es so sei, könne man nicht von einer unvernünftigen oder irgendwie gesetzwidrigen Beschränkung sprechen 2). Das Gericht bekennt sich zu der Meinung der Ökonomen und vieler der wichtigsten Regierungsabteilungen, daß dem öffentlichen Interesse durch das Sammeln und Verbreiten von Informationen im weitestmöglichen Sinne 3) im Hinblick auf die Produktion, die Verteilung, Kosten und Preise in aktuellen Geschäften und von Marktbedingungen gedient sei. Der Wettbewerb werde nicht weniger frei, wenn die kaufmännische Verhaltensweise durch die freie Verbreitung von Wissen über alle wesentlichen Faktoren intelligenter werden. Eine Beschränkung des freien Wettbewerbs beginne aber, wenn Aktionen mißbraucht 4) würden zu irgendeiner "concerted action" die dahin wirkt, die Handlungsfreiheit derer die kaufen und verkaufen zu beschränken. Personen, die

1) OPPENHEIM, S. 152

2) OPPENHEIM, S. 152 rechte Spalte

3) "in the widest possible manner"

4) Unterstreichung des Verfassers

Marktpreise austauschen, seien nicht an einer ungesetzlichen Verschwörung beteiligt, den Handel zu beschränken, weil es letztlich das Ergebnis ihrer Bemühungen sein kann, die Preise zu stabilisieren oder die Produktion zu beschränken, und zwar durch ein besseres Verständnis der ökonomischen Gesetze und einem besseren Vermögen, sich ihnen anzupassen. Der Grund liege einfach darin, daß der Sherman Act weder ökonomische Gesetze aufhebe, noch das Sammeln und Verbreiten von Informationen verbiete. Der Supreme Court wehrt im folgenden Versuche ab, die Entscheidungen im Hartholz- und Leinölfall erweiternd auszuweiten. Er stellt fest, daß die richtigen Anwendungen der Grundsätze dieser Entscheidungen zu keinem anderen Ergebnis führen könne. In diesen Fällen sei nämlich festgestellt worden ¹⁾, daß der Charakter der Informationen, die gesammelt wurden, und der Gebrauch, der von ihnen gemacht wurde, unausweichlich zu der Entscheidung führten, daß sie zu einer zusammenwirkenden Anstrengung ¹⁾ geführt hatten, die Produktion zu beschränken oder die Preise zu erhöhen. Die Ungesetzlichkeit der Zusammenarbeit wuchs nicht aus der Tatsache, daß die Angeklagten einen Informationsaustausch handhabten, sondern aus der Tatsache, daß das Gericht aus den besonderen Umständen jedes einzelnen Falles geschlossen hat, daß eine 'concerted action' daraus gefolgt war oder notwendigerweise daraus folgen mußte. Abschließend stellt der Supreme Court fest, daß die folgenden Informationen zulässig sind, wenn sie offen und ehrlich gesammelt und verbreitet werden:

1) Unterstreichung vom Verfasser

" Tatsächliche Preise, die die Ware in vergangenen Geschäften gebracht hat, den Auftragsbestand, die ungefähren Transportkosten von den Hauptverladeorten zu den Verbraucherorten. Es sei ferner erlaubt, diese Daten in Besprechungen zu diskutieren, wenn -und das ist die einzige Grenze, die der Supreme Court in diesem Zusammenhang aufstellt- kein Übereinkommen erzielt und nicht versucht werde, durch gemeinsames Handeln, Einfluß auf Preise und Produktion zu nehmen¹⁾ oder sonst den Wettbewerb zu beschränken."

Auch diese Entscheidung ist im Übrigen nicht einstimmig erfolgt. Die Auffassung von drei Richtern weicht vielmehr von der Mehrheitsentscheidung ab. Die 'dissenting opinion' sieht hier, wie in den beiden vorhergehenden Fällen, eine Umgehung des Gesetzes, weil die Beteiligten an ungewöhnlichen Verträgen beteiligt waren, die jeden Beteiligten zwingen, den Wettbewerbern intime Geschäftseinzelheiten zu offenbaren und ihn damit in seiner Handlungsfreiheit beschränkten.

d) Cement Manufactures Protective Association
v. U.S. ²⁾

Auch die Informationstätigkeit der Zementhersteller war gesetzmäßig. Zu melden waren die Produktion, Lagerbestand und Verfrachtungen. Die Beteiligten konnten ein vollständiges Bild des verfügbaren Zementvorrats erhalten. Die einzelnen Firmen, bei denen der Zement lagerte, wurden genannt. Die Berichte umfaßten alle Einzelheiten der einzelnen Geschäftsabschlüsse, insbesondere wurden Lieferanten und Abnehmer genannt. Die Zentralstelle

1) OPPENHEIM, S. 154

2) 268 U.S. 588 (1925); vgl. auch MESTMÄCKER, Diss., S. 41 ff.; KEMKER, a.a.O., S. 15 ff.; KRIEGER, a.a.O., S. 460 ff.; vgl. auch PICKEL, 'Preismeldestellen und Kartellverbot', BB 1963, S. 705

gab jedoch keinerlei Kommentare oder Empfehlungen ¹⁾.

Es war Brauch in der Zementindustrie Kontrakte auf bestimmte Bauunternehmungen zur zukünftigen Auslieferung abzuschließen. Diese Kontrakte banden den Käufer nicht, sicherten ihm aber für das einzelne Projekt eine bestimmte Lieferung zu. Dies führte zu Mißbräuchen, weil die Käufer mehrere Verträge für dasselbe Projekt mit den Herstellern abschlossen und so konnten sie für ein bestimmtes Werk eine Übermenge Zement vertragsgemäß erhalten. Auf diese Weise konnten die Käufer, wenn die Preise fielen, die Annahme der Lieferung verweigern und konnten mehr Zement bekommen, wenn die Preise stiegen.

Der Supreme Court stellte fest, daß die Behörde es versäumt habe, irgendeinen Effekt des Informationsaustausches auf die Preise aufzuzeigen, 'except such as would naturally flow from the dissemination of that information in the trade and its natural influence on individual action' ²⁾. Die Behörde habe es versäumt, sich auf ein Überkommen oder eine Verständigung der Betroffenen zu beziehen. Das unterbreitete Material bewiese weder unmittelbar noch durch Indizien irgendein gemeinsames Handeln ³⁾. Insbesondere rechtfertigt der Supreme Court die Identifizierung der Beteiligten, da diese die einzige Möglichkeit darstelle, den Mißbrauch der Marktgewohnheiten durch die Abnehmer auszuschließen ⁴⁾.

1) vgl. MESTMÄCKER, a.a.O., S. 41; ebenso CCH-Reporter Vol 1 § 4720.191, 36, 672, 83

2) CCH-Reporter, § 4730.44

3) vgl. auch MESTMÄCKER, Diss. a.a.O., S. 42

4) CCH-Reporter, § 4720.83

e) Sugar Institute v. U.S. ¹⁾

Zweck der 'codes of ethics' dieser Industrie, die der Zusammenarbeit zu Grunde lagen, war es erklärtermaßen alle Diskriminierungen fallen zu lassen. Zu diesem Zweck sollte der gesamte Zucker zu öffentlich angekündigten Preisen und Bedingungen verkauft werden ²⁾.

Die Mitglieder waren verpflichtet, an den bekanntgegebenen Preisen und Bedingungen bis zu erneuten öffentlichen Ankündigung einer Preisänderung strikt festzuhalten. Preiserhöhungen sollten nicht später als um 15⁰⁰ Uhr des der Erhöhung vorhergehenden Tages angekündigt werden. Hinzukam eine Vielzahl ergänzender Beschränkungen. Den Mitgliedern war verboten, mit einem Makler oder Lagerhalter in Verbindung zu treten, der beide Funktionen in einer Person ausübte. Die Provisionen für Makler wurden durch Vereinbarungen festgesetzt. Jeder Makler und Lagerhalter, der mit einem Mitglied des Verbandes Geschäfte abschließen wollte, mußte einen, von dem Verband ausgearbeiteten Standardvertrag unterschreiben, in dem alle Rabatte verboten und die Bindung der Makler an die Bestimmungen des 'codes of ethics' in der Industrie festgelegt wurde. Die Frachtsätze wurden einheitlich festgelegt.

Ferner wurde die Abrede nachgewiesen, sogenannte "delivered prices" gemeinsam aufrecht zu erhalten ³⁾.

-
- 1) 297 U.S. 533 (1936); OPPENHEIM, S.160;
MESTMÄCKER, Diss., S. 44 ff.; KEMKER, S. 18 ff.;
KRIEGER, S. 464, 465
2) 297 U.S. S.582; vgl. auch OPPENHEIM, S.160
rechte Spalte
3) a.a.O., S. 590, 591

Der Sicherung des Frachttarifsystems dienten Abkommen mit Transportgesellschaften, die bestimmten, daß die Frachtaufträge nur zu öffentlich angekündigten Tarifen und Bedingungen ausgeführt werden dürften. Der Transport der Mitglieder auf eigene Rechnung wurde ausgeschlossen. Die Zahl der Auslieferungslager wurde herabgesetzt ¹⁾. Der Abschluß von langfristigen Lieferverträgen wurde beschränkt; Mengenrabatte wurden vollkommen untersagt und zwar auch dann, wenn sie entsprechend der Menge systematisiert und durch Kostenersparnisse gerechtfertigt waren ²⁾.

Auch diese Entscheidung tastet den Grundsatz, daß es zulässig ist, sich durch Zusammenarbeit vor schädlichen Praktiken zu schützen, nicht an. Insbesondere bestätigt der Supreme Court, daß es erlaubt sei, Statistiken zu sammeln und zu verbreiten, wenn sie nicht benutzt werden, die Produktion zu beschränken oder die Preise zu erhöhen. Dem Supreme Court ist jedoch der Nachweis gelungen, daß die Mitglieder des Sugar-Institutes über diesen zulässigen Rahmen weit hinaus gegangen sind. Auch die Tatsache, daß die Korrektur von Mißständen dahin wirken kann, einen Gewerbezweig zu stabilisieren, oder vernünftiger Preise zu erzielen, gebietet nicht zu fordern, daß die Mißstände unkorrigiert bleiben sollten, oder daß sie aus dem genannten Grund allein als unvernünftige Wettbewerbsbeschränkungen zu qualifizieren seien ³⁾.

Die unvernünftigen Beschränkungen, die sich die Angeklagten auferlegten, werden auch nicht in der Ankündigung zukünftiger Preisänderung gesehen,

1) 297 U.S., S. 592

2) a.a.O., S. 594

3) vgl. KEMKER, S. 20, 21

sondern in den Maßnahmen, die ergriffen wurden, um sicher zu stellen, daß die Unternehmen die auf diese Weise angekündigten Bedingungen und Preise nicht zurückzögen oder von ihnen abwichen ¹⁾.

f) Tag Manufactures Institute.

v. Federal Trade Commission. ²⁾

Neben dem üblichen statistischen Programm führten auch die Schilderfabrikanten einen Austausch von Einzelinformationen durch. Sie hatten Duplikate der Originalrechnung am Tage nach dem Verkauf einzureichen. (Es lag also eine Identifizierung von Lieferant und Abnehmer vor.) Die Zentralstelle hatte die Informationen aber so zusammenzustellen, daß die Namen der Käufer nicht offenkundig wurden. Von der Preisliste abweichende Geschäfte wurden in täglichen Rundbriefen offengelegt. Der Name des Verkäufers wurde genannt, der Name des Käufers blieb geheim; bekanntgegeben wurde jedoch der Standortstaat. In der Information wurde das Produkt beschrieben. Ferner wurde die Menge, der Listenpreis und der tatsächlich von der Liste abweichende Preis bekanntgegeben ³⁾. Die FTC hatte in dem Rundsenden der Preisliste die Bekanntgabe eines zukünftigen Preises gesehen.

Demgegenüber stellte der Gerichtshof klar, daß dies ein Streit um Worte sei. Jedenfalls stelle

1) vgl. KEMKER, S. 19

2) 174 F. 2d 452 1st Cir 1949 im folgenden zitiert nach OPPENHEIM, S. 168 ff.; vgl. auch KEMKER, S. 24 ff. und PICKEL, 'Preismeldestellen und Kartellverbot', S. 706

3) OPPENHEIM, S. 169 rechte Spalte

die Versendung an die Abnehmer ein vergangenes Ereignis dar. Das Gericht stellte als Ergebnis fest, daß diese Praktiken gesetzlich seien, da sie bezweckten, dem Wettbewerb die Blindheit zu nehmen und ihn intelligent und informiert zu machen ¹⁾.

Den Vortrag der FTC, die Beteiligten seien durch diese Praktiken gehindert worden, die Preise zu unterbieten, widerlegte das Gericht mit der Feststellung, daß 25 % aller Geschäfte von der Liste abwichen ²⁾. Gegenüber dem Hinweis der FTC auf eine angebliche gesellschaftliche Ächtung des Preisunterbieters stellte das Gericht richtig fest, daß ein Odium, das allen anhänge, keinen angreifen könne ³⁾.

3. Kein Verbot ohne Conspiracy

Zusammenfassend ist festzustellen, daß der Supreme Court und ihm folgend die Rechtsprechung der amerikanischen Instanzgerichte einen scharfen Unterschied zwischen 'price fixing' und 'price reporting' herausgearbeitet hat ⁴⁾. Wo auch immer der Supreme Court oder Instanzgerichte den vorgenommenen Informationsaustausch untersagt haben, haben sie ihn nicht untersagt, weil der Preisaustausch ungesetzlich war, sondern weil er im Einzelfall dem Zweck diene, eine 'conspiracy in price fixing' zu überwachen oder zu verschleiern ⁵⁾. Dies wird deutlich, aus einer von MESTMÄCKER ⁶⁾ als typisch

1) OPPENHEIM, S. 170 rechte Spalte

2) vgl. OPPENHEIM, S. 171 linke Spalte

3) vgl. OPPENHEIM, S. 171 rechte Spalte: "an odor which is common to all is offence to none"

4) vgl. MESTMÄCKER, a.a.O., S. 89

5) vgl. MESTMÄCKER, Diss. a.a.O., S. 90

6) vgl. MESTMÄCKER, a.a.O., S. 91

zitierten Anklage der FTC.

" Die Betroffenen kamen überein, die Produktion zu beschränken, und führten diesen Plan aus ... und um die Durchsetzung der Übereinkommen zu sichern, reichten die Betroffenen ihren zuständigen Organisationen Lagerbestandsmeldungen und andere Berichte ein."

Andererseits haben die Gerichte und Behörden unverkennbar Art, System, Durchführung sowie die Wirkung des Gesamtplanes als Indizien dafür herangezogen, ob ein über den Informationsaustausch hinausgehendes Übereinkommen zu Grunde lag oder nicht. Zu derartigen Indizien gehörten Wartezeiten für Preisänderungen, die Verpflichtung, an gemeldeten Preisen festzuhalten, fehlende Publizität, fehlende Anonymität der Beteiligten, sofern kein Bedürfnis für die Aufdeckung besteht, mit Empfehlungen verbundene Kommentare, sowie -mit großer Vorsicht- die Beobachtung von Preisniveau und Preisbewegung, sofern nachgewiesen werden kann, daß diese nicht als natürliches Ergebnis vollständiger Konkurrenz bei guter Marktinformation anzusehen sind ¹⁾.

Zuzugeben ist, daß die Systematisierung dieser 5 Grundsatzentscheidungen der amerikanischen Literatur erhebliche Schwierigkeiten bereitet hat ²⁾. Diese Schwierigkeit dürfte jedoch namentlich dadurch hervorgerufen sein, daß es sich bei den teilweise verbotenen Maßnahmen eben nicht um per se unzulässige Maßnahmen handelt, sondern um Indizien für eine dahinterstehende Absprache.

1) vgl. MESTMÄCKER, a.a.O., S. 111 und 113

2) vgl. MESTMÄCKER, a.a.O., S. 42 mit zahlreichen Literaturhinweisen

NEALE ¹⁾ weist demgemäß mit Recht darauf hin, daß auch das genaueste Studium der Prozeßakten nicht den unmittelbaren Eindruck der Beweisaufnahme ersetzen könne.

Entsprechend hat der Verfasser an anderer Stelle ²⁾ darauf hingewiesen, daß der Supreme Court und ihm folgend die Instanzgerichte, in keinem Falle generell gegen eine bestimmte Informationsaustausch-tätigkeit entschieden habe. Er habe lediglich mit teilweise beispielhafter Akribie in jedem Einzelfall nachgewiesen, daß eine 'conspiracy' zu Grunde gelegen haben müsse. Dieser Auffassung ist von PICKEL ³⁾ und MARKERT ⁴⁾ widersprochen worden, ohne allerdings zu versuchen, den sicherlich nicht umfassenden Nachweis des Verfassers im einzelnen zu entkräften. Beide Verfasser beschränken sich vielmehr darauf, den ergänzend vorgetragenen Hinweis auf die Folgen des Diskriminierungsverbotes in den USA zu entkräften. Dieser Hinweis diene jedoch nur der Tatsache, daß das Diskriminierungsverbot ein Informationsbedürfnis an der Identifizierung der Abnehmer vermindere ⁵⁾.

Zuzugeben ist MARKERT und PICKEL lediglich, daß es an Versuchen der FTC nicht gefehlt hat, Parallelverhalten gleich Wettbewerbsbeschränkung zu setzen ⁶⁾. Diese Auffassung hat sich jedoch

1) 'The Antitrust Laws of the USA' S. 49

2) 'Das Recht der Informationsaustauschverträge in den USA u. in Deutschland', WuW 1963, S. 467

3) 'Die Bedeutung der Diskussion der amerikanischen Rechtspraxis zu den Preismeldestellen für die Auslegung und Anwendung des GWB' in WRP 1964, S. 2

4) 'Kartellrechtliche Beurteilung von Preismeldeverträgen' in DB 1963, S. 1455

5) vgl. KRIEGER "Das Recht der Informationsaustauschverträge in den USA und in Deutschland" S. 473

6) vgl. GABRIEL 'Preise und Wettbewerb' in MA 1964, S. 631

mit Recht nicht durchzusetzen vermocht. Abschließend sei insoweit noch einmal auf OPPENHEIM ¹⁾ verwiesen, der die klarstellende Entscheidung des Supreme Court im Falle Theatre Enterprises aus dem Jahre 1954 wie folgt würdigt:

"Traces of conscious parallelism doctrine doubtless still remain, but the Supreme Court calles a halt to its apparently unerring march in the Theatre Enterprises²⁾ opinion. There it was said:

'But this Court has never held that proof of parallel business behaviour conclusively establishes agreement or, phrased differently, that such behaviour itself constitutes a Sherman act offense. Circumstantial evidence of consciously parellel behaviour may have made heavy inroads into the traditional judicial attitude toward conspiracy; but conscious parallelism has not yet read conspiracy out of the Sherman Act entirely' "³⁾.

Demgegenüber verweisen PICKEL und MARKERT lediglich auf den von PICKEL übersetzten Aufsatz von KEMKER ⁴⁾. Auch eine genaueste Analyse dieser Schrift vermag die Auffassung des Verfassers, auf die bezüglich der Einzelheiten Bezug genommen wird, nicht zu widerlegen. Obwohl KEMKER selbst darauf hinweist, daß seine Regeln nach konservativen Gesichtspunkten entwickelt sind und daß

1) OPPENHEIM, S. 136

2) Theatre Enterprises, Inc.v.Paramount Film Distribution Corp. 346 US.537 (1954)

3) Theatre Enterprises und Paramount Corporation 346 US 541

4) KEMKER, Die statistische Tätigkeit von Wirtschaftsverbänden und das Antitrust-Recht

der Autor nicht das Vertrauen anderer Schriftsteller teilt, daß Informationsaustauschverträge relativ sicher sind ¹⁾, obwohl KEMKER also die amerikanische Gerichtspraxis sehr skeptisch bezüglich der Zulässigkeit von Informationsaustauschverträgen beurteilt, spricht er lediglich davon, daß diese "die Gefahr von Verstößen gegen die Antitrust-Gesetze in sich bergen können" ²⁾. Er empfiehlt es, zu vermeiden "mit dieser abgestimmten Tätigkeit irgendeinen Zweck zu verfolgen, der nach den Antitrust-Gesetzen gesetzwidrig ist" ³⁾. Im übrigen stellt er bei der Würdigung der Entscheidungen des Supreme Court ⁴⁾ und der Fälle der Federal Trade Commission ⁵⁾ selbst immer wieder fest, daß es Zweck des Informationsabkommens sein müsse, den Wettbewerb beschränken zu wollen, um einen Gesetzesverstoß annehmen zu können.

Zu den gleichen Ergebnissen wie der Verfasser kommen auch GABRIEL ⁶⁾ und MESTMÄCKER ⁷⁾, dessen Untersuchung wohl als die eingehendste anzusprechen ist und dem man sicherlich keine besondere Kooperationsfreundlichkeit vorwerfen kann. Letztlich, so stellt MESTMÄCKER mit Recht fest, sei der Gebrauch entscheidend, der von den Informationen im Einzelfall gemacht werde.

1) a.a.O., S 30

2) a.a.O., S. 6

3) a.a.O., S. 7

4) a.a.O., S. 8 ff.

5) a.a.O., S. 24 ff.

6) 'Aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen unter wettbewerbspolitischen Aspekt' in WuW 1961, S. 802 ff. (812)

7) Diss., S. 90

4. Kein per se-Verbot bestimmter Ausgestaltungs- formen

PICKEL ¹⁾ äußert die Auffassung, daß folgende Praktiken per se verboten seien.

- a) Die Benennung von Kunden mittels organisierter Preisaustausches.
- b) Jeglicher Informationsaustausch, wenn er zu einem bewußten Parallelverhalten führt.
- c) Jeglicher Informationsaustausch, wenn er als Mittel zur Durchsetzung von wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen dient.

Richtig ist hiervon lediglich die letzte Feststellung. Zweifellos gibt das spezielle Equity-Verfahren in den USA dem Richter und auch den Behörden die Möglichkeit, ein Werkzeug zu verbieten, daß zur Durchsetzung einer wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarung diene ²⁾. Dem 'in Equity' entscheidenden amerikanischen Richter ist einfach jede Möglichkeit gegeben, um "Verletzungen des Gesetzes zu verhüten oder zu beenden". Hält er eine Gesetzesverletzung für gegeben, so kann er mit völlig freiem Ermessen das tun, was er für notwendig hält, um in Zukunft zu verhüten, daß

1) 'Preismeldestellen und Kartellverbot', BB 1963, S. 706 ff.

2) vgl. MESTMÄCKER, a.a.O., S. 52. Diese Ausweitung des EQUITY-Verfahrens ist typisch für das amerikanische Wettbewerbsrecht und beruht, wie MESTMÄCKER, a.a.O. feststellt, auf der rule of reason. Im englischen Recht, daß im Zivilverfahren ebenfalls eine Equity-Klage kennt, werden diese weitgehenden Konsequenzen nicht gezogen. Vgl. HEATH "Some economic consequences" a.a.O., S. 474 ff. und den Bericht des englischen Registrars für die Periode 1. Januar 1960 bis 30. Juni 1961, chapter I "registration of agreement" S. 2 bis 4 insbes. Nr. 10 ff.

weitere Gesetzesverletzungen vorgenommen werden ¹⁾. Diese Möglichkeiten, die auch von der Antitrust Division angewandt werden, gehen ungeheuer weit. Insoweit wird auf die eindrucksvolle Zusammenstellung von Consent Decrees bei PICKEL ²⁾ verwiesen. Immerhin hat sich die Praxis hier auch gewisse Selbstbeschränkungen auferlegt. So blieb der gehandhabte Preisaustausch in 26 der von PICKEL aufgeführten 40 Fällen grundsätzlich gestattet, es wurde lediglich ein Informationsaustausch ohne oder vor Bekanntgabe an die Abnehmer untersagt. Ferner wurde es untersagt, Nichtmitgliedern und Dritten die statistischen Meldungen zu verweigern ³⁾. Weiter wurde die Mitteilung von fiktiven, sogenannten vorherrschenden Preisen ⁴⁾ und die Identifizierung von tatsächlichen oder potentiellen Kunden ⁵⁾ untersagt. Andererseits ist unverkennbar, daß in 14 Fällen ein absolutes Verbot der Tätigkeit, in einem Falle sogar das Gebot den Verband aufzulösen, und in einem weiteren Falle ein Verbot auf Zeit erfolgte.

Die zweite Behauptung PICKEL's zu b), jeglicher Informationsaustausch sei verboten, wenn er zu einem bewußten Parallelverhalten führt, ist durch die Rechtsprechung nicht gedeckt. Hierzu wurde bereits oben Stellung genommen. In keinem

1) vgl. KRONSTEIN, 'Die Politik des Wettbewerbs in den USA', ORDO-Band 3 S. 85; MESTMÄCKER, Diss. S.36

2) 'Neuere amerikanische Verwaltungspraxis zu Preismeldestellen u. anderem Informationsaustausch zwischen Wettbewerbern' in WuW 1963, S. 30 ff.; vgl. auch die Zusammenstellung bei BEHRENS in 'Marktinformation u. Wettbewerb', S. 65 ff.

3) Beispiel Nr. 9

4) Beispiel Nr. 22

5) Beispiel Nr. 25

Fall hat sich ein Gericht die Entscheidung so einfach gemacht, wie PICKEL es gerne möchte. Die amerikanische Rechtsprechung und weitgehend auch die Behördenpraxis ist vielmehr mit aller Vorsicht ¹⁾ an die vorliegenden Indizien herangegangen und hat nur bei Feststellung einer Vielzahl von Hinweisen eine conspiracy angenommen ²⁾. Insoweit sei nur auf den von PICKEL ³⁾ selbst geschilderten 'Monsterprozeß' der Preis-schilderfabrikanten mit seinen 2500 Seiten Zeugenvernehmung und 1500 Beweisstücken hingewiesen. PICKEL meint zwar an anderer Stelle ⁴⁾, daß dem Supreme Court heute der Nachweis des wettbewerbsbeschränkenden Zwecks und der wettbewerbsbeschränkenden Wirkung von Preismeldestellen sehr viel leichter fallen dürfte. Dies wäre in der Tat der Fall, wenn er sich die vereinfachenden Grundsätze PICKEL's und SCHMIDT's zu eigen machen würde. Hierfür gibt es jedoch keine Anhaltspunkte.

Schließlich ist noch festzustellen, daß sich jedenfalls in der dem Verfasser verfügbaren Literatur keine Hinweise dafür gefunden haben, daß die Benennung von Kunden mittels organisiertem Preisaustausch per se unzulässig sei, wie PICKEL aufzeigt ⁵⁾. Richtig ist vielmehr lediglich, daß gegen diese Praxis, wenn sie mit anderen Indizien zusammentrifft, gewisse Bedenken

-
- 1) vgl. auch aus letzter Zeit (1956) den Hinweis in Morton Salt (Trade cases 68,412). Hier wird auf die Sugar-Institut Entscheidung des Supreme Court hingewiesen und noch einmal festgestellt: "each case demands a close scrutiny of its own facts."
 - 2) METZINGER, 'Zur Diskussion der Preisaustauschverträge' in WRP 1963, S. 383
 - 3) 'Preismeldestellen und Kartellverbot' in BB 1963, S. 706
 - 4) 'Die Bedeutung der Diskussion der amerikanischen Rechtspraxis zu den Preismeldestellen für die Auslegung und Anwendung des GWB' in WRP 1964, S. 2
 - 5) siehe oben zu a)

bestehen.

Immerhin ist festzustellen, daß der Supreme Court sowohl die Identifizierung des Käufers als auch des Verkäufers in bestimmten Fällen für zulässig angesehen hat. PICKEL meint nun, die Identifizierung von Beteiligten sei nur im Zementfall gestattet worden ¹⁾. Dieser im übrigen durch die Entwicklung überholte Einzelfall könnte nicht verallgemeinert werden. Immerhin dürfte jedoch damit klargestellt sein, daß die Identifizierung von Beteiligten nicht per se verboten ist, daß es vielmehr selbst in den USA Einzelfälle geben muß, in denen die Identifizierung von Käufer und Verkäufer zulässig ist. Ein derartiger Einzelfall ist gegeben, wenn die Notwendigkeit besteht, unlautere Machenschaften zu verhindern. Dieses Ergebnis stimmt auch mit MESTMÄCKER ²⁾ überein, der die amerikanische Literatur dahingehend versteht, daß die Bekämpfung des lügenden Käufers als berechtigt anerkannt sei. Ebenso resümiert das TNEC ³⁾ die Rechtsprechung dahingehend, daß einige Andeutungen bestünden, daß die Firmenbenennung ungesetzlich sei. Es hält andererseits aber die Überlistung der Anbieter durch Käufer für gesamtwirtschaftlich schädlich, da sie zur Folge haben kann, daß Einkäufer einen niedrigeren Preis als andere oder einen unverhältnismäßig hohen Anteil an dem verfügbaren Warenangebot erhalten.

1) Neuere amerikanische Verwaltungspraxis zu Preismeldestellen und anderem Informationsaustausch zwischen Wettbewerbern, WuW 1963, S.28

2) Diss., S. 88

3) Untersuchung über die Konzentration wirtschaftlicher Macht in den USA, durchgeführt von dem Temporary National Economic Komitee, Abhandlung Nr. 38 unter D 6. "Verbreitung von Preis- und Produktionsdaten unter namentlicher Benennung von Firmen".

Nach Auffassung des Verfassers dürften diese Einzelfälle in Deutschland im Gegensatz zu den USA vermutlich die Regel darstellen ¹⁾. Diese Vermutung vermag selbstverständlich eine vergleichende Analyse nicht zu ersetzen. Immerhin entbehrt sie nicht einer gewissen Logik und wird von SÜLTER ²⁾ bestätigt.

Ähnliches gilt von den Handhabungen, die PICKEL ³⁾ als bedenklich bezeichnet und zu denen auch die Benennung von Kunden zu zählen sind.

Zweifellos pflegen Gerichte und Behörden in den Vereinigten Staaten die Ausgestaltungsform eines Informationsaustausches bei der Prüfung der Frage, ob eine 'conspiracy' zu Grunde gelegen haben muß, mit heranzuziehen ⁴⁾. In anderen Fällen ist aber jedes einzelne dieser Indizien als nicht unbedingt beweiskräftig angesehen worden. So spricht das TNEC ⁵⁾ lediglich davon, daß fehlende Publizierung ein Programm unzulässig machen mag, nicht aber machen muß. Im Falle Sugar-Institut ⁶⁾ stellt der Supreme Court fest, daß die Verteilung von Informationen auf die Beteiligten beschränkt werden könne, wenn sie einen vertraulichen Charakter und

1) vgl. KRIEGER "Das Recht der Informationsaustauschverträge in den USA und in Deutschland" S. 463 u. 473

2) 'Vom Modellwettbewerb zum Geheimwettbewerb, zu den Angriffen gegen das Marktinformationsverfahren (Open-Preis-System)' in Industriekurier vom 30.5.1964 unter "Hinweise auf das Ausland ziehen nicht".

3) Preismeldestellen und Kartellverbot, BB 1963, S. 706, 707

4) vgl. MESTMÄCKER, S. 111 u. 113

5) Abhandlung Nr. 38 a.a.O. unter D 1. "Vorenthaltung von gesammelten und verbreiteten Informationen gegenüber Käufern in der Öffentlichkeit"

6) vgl. CCH Reporter Vol. 1 § 4720.23

Händler so wie Käufer kein eigentliches Interesse an ihnen haben ¹⁾. In derselben Entscheidung wurde auch die Meldung zukünftiger Preise entgegen der bisherigen landläufigen Auffassung und entgegen mannigfachen deutschen Äußerungen in diesem Falle für zulässig erklärt. Das TNEC stellt hierzu fest:

Es kann nicht gesagt werden, daß die Berichterstattung an sich den Preiswettbewerb unter allen Umständen ausschalten wird. Es ist vorstellbar, daß ein zweckmäßig formulierter und sorgfältig ausgearbeiteter Plan in hochkompetitiven Industrien den Wettbewerb einsichtiger, wirkungsvoller und weniger destruktiv macht ²⁾.

Die Identifizierung von Käufer und Verkäufer ist, wie oben bereits festgestellt, im Zementfall für zulässig angesehen worden. PICKEL stellt ferner richtig fest, daß es den Beteiligten im Falle der Preisschilderfabrikanten nicht schwer gefallen sein dürfte, bei der weitgehenden Offenlegung der einzelnen Geschäfte, die Kunden zu ermitteln. Die Behauptung, daß das Gericht diese Möglichkeit übersehen habe ³⁾, dürfte jedoch bei der Genauigkeit der Beweisaufnahmen eine etwas kühne Unterstellung sein. Wäre die Benennung von Kunden tatsächlich per se verboten, hätte es sicherlich nicht zu einem Freispruch kommen können. Hierauf kam es dem Gericht vielmehr gar nicht an. Was nachzuweisen war, war die 'conspiracy' und nicht die Identifizierung der Kunden. Nachzuweisen war, daß "der zu Grunde liegende statistische Meldeplan Teil eines allgemeineren Verfahrens zur Festlegung von

1) CCH Reporter Vol. 1 § 4720.23

2) unter D 3 "Aufstellung laufender und zukünftiger Preise."

3) PICKEL, 'Preismeldestellen und Kartellverbot', BB 1963, S. 706

Preisen" war ¹⁾. Es mag sein, daß dieser Freispruch auf die von PICKEL ²⁾ betonte Tatsache der geringen Marktkennntnis des Vertreters der Anklage, die ihn der Lächerlichkeit preisgab, zurückzuführen ist. Diese Tatsache zeigt aber, daß es vor amerikanischen Gerichten offensichtlich nicht ausreicht, mit "völlig diskutierten" Schlagworten zu argumentieren. Für einen Indiziennachweis ist vielmehr eine gute Marktkennntnis erforderlich. Die vorgelegten Beweise müssen zum Nachweis einer Preisvereinbarung ausreichen ³⁾. Das Erfordernis dieses Nachweises steht in Übereinstimmung mit den oben skizzierten Entscheidungen des Supreme Court. Diese werden auch nicht durch die von KEMKER mitgeteilten Fälle der Federal Trade Commission widerlegt. Dies ergibt sich aus den folgenden Zitaten.

Salt Producers Association ⁴⁾:

Die Verwaltungsanordnung der Kommission hatte die Verbreitung dieser Informationen verboten, soweit sie "in Durchführung" der Verschwörung erfolge. Das Berufungsgericht war weniger streng. Nach seiner Meinung war diese statistische Tätigkeit nur dann illegal, wenn sie Teil eines "einheitlichen wettbewerbsbeschränkenden Systems" war und führte weiter aus, daß nachdem die sonstigen Tätigkeiten des Verbandes,

-
- 1) vgl. KEMKER nach der Übersetzung von PICKEL 'Die statistische Tätigkeit von Wirtschaftsverbänden und das Antitrust-Recht' S. 25 unter Hinweis auf die dortige Rechtsprechung
 - 2) a.a.O., S. 706
 - 3) vgl. KEMKER in der Übersetzung von PICKEL a.a.O., S. 29: "...weil das Gericht bei der Erörterung der Frage, ob die vorgelegten Beweise zum Nachweis einer Preisvereinbarung ausreichen, die im Socony-Vacuum-Fall vorgenommene Prüfung anscheinend nicht angestellt hat." (Unterstreichung des Verfassers)
 - 4) Salt Producers Association v. FTC, 134 F. 2 d 354 (7th Cir. 1943).

soweit sie sich auf die Festlegung von Preisen bezogen, (!) verboten worden waren, die legale statistische Tätigkeit nicht verboten werden solle, es sei denn...¹⁾

Phelps-Dodge Refining Corp. ²⁾

Daraus ergibt sich zweifelsfrei, daß der Verband und einige seiner Mitglieder an Preisvereinbarungen mitgewirkt haben, die gegen das Gesetz verstießen. ³⁾

Maltsters Association ⁴⁾

Es sei nicht zu bestreiten, daß, wenn der Meldeplan Teil eines Systems zur Festlegung von Preisen ist, ein eindeutiger Gesetzverstoß vorliege ⁵⁾.

Milk and Ice Cream Institute ⁶⁾

...der Hauptvorwurf war der des Festlegens von Preisen...

Das Gericht bestätigte die von der Kommission getroffene Feststellung, daß der Gesamtplan eine gemeinschaftliche Bemühung zur Festlegung von Preisen sei; das sei durch das vorgelegte Beweismaterial mehr als ausreichend begründet.

Ford Howard Paper Co. ⁷⁾

Wieder lautete die Anklage auf Preisfestlegung, und zwar durch die Bildung von Preis-zonen.

1) vgl. KEMKER, a.a.O., FN 92

2) Phelps-Dodge Refining Corp. v. FTC, 139 F. 2d 393 (2d Cir. 1943)

3) vgl. KEMKER, FN 93

4) United States Maltsters Ass'n v. FTC 152 F. 2d 161 (7th Cir. 1945)

5) KEMKER, FN 93

6) Milk and Ice Cream Can Institute v. FTC 152 F. 2d 478 (7th Cir. 1946)

7) Ford Howard Paper Co. v. FTC, 156 F. 2d 899 (7th Cir. 1946)

Zusammenfassend ist somit festzustellen, daß in den USA Informationsaustauschverträge grundsätzlich zulässig sind, soweit sie sich auf den Austausch von Tatsachen, gleich welcher Art und gleichgültig ob vergangen oder zukünftig, beschränken. Die Art des Preisaustausches sowie seine Folgen können jedoch als Beweis dafür herangezogen werden, ob darüber hinaus eine wettbeverbeschränkende Abrede vorliegt, die kontrolliert oder verschleiert werden soll. Wird eine solche Abrede festgestellt, so kann auch das Mittel zum verbotenen Zweck für immer oder auf Zeit verboten werden.

II. Die rechtliche Beurteilung in Groß- britannien

Es wird berichtet, daß in Großbritannien nach Inkrafttreten des Restrictive Trade Practice Act eine Vielzahl von Industriezweigen Informationsabkommen abgeschlossen haben. Die Zahl wurde von HEATH ¹⁾ seinerzeit auf 150 geschätzt.

In England besteht Einigkeit darüber, daß Marktinformationsabsprachen nicht per se unzulässig sind, wenn sie sich ausschließlich auf die Übermittlung von Informationen beschränken ²⁾.

Während aber der englische Registrar noch in seinem Bericht 1960/61 lediglich eine genaue

1) 'Not enough Competition' 1961, S. 33

2) vgl. den Bericht des englischen Registrars "Report for the period" 1st January 1960 to 30th June 1961, London 1962, chapter I 10; ebenso HEATH "Some economic consequences", The Economic Journal 1960, S. 475

Beobachtung empfiehlt ¹⁾ und es für unwahrscheinlich hielt, daß die Zahl der hinter Informationsaustauschverträgen versteckten Absprachen zahlreich sein werde ²⁾, finden sich in seinem Bericht für den Zeitraum 1. Juli 1961 - 30. Juni 1963 ³⁾ verstärkte Bedenken ⁴⁾. Der Registrar stellt demgemäß zur Erwägung, alle Informationsvereinbarungen der Registrierungspflicht zu unterwerfen.

Unter dem Eindruck dieses Berichtes und dem Druck der seinerzeit bevorstehenden Wahl gab Wirtschaftsminister HEATH die Erklärung ab, daß es die Regierung nicht zulassen werde, daß der Zweck des Kartellgesetzes von 1956 durch vertraglich oder in sonstiger Weise vereinbarten Informationsaustausch mit dem Ziel und ⁵⁾ der Wirkung ⁶⁾, den Wettbewerb zu beschränken, untergraben wird.

Die Regierung schlug demgemäß vor, das Wirtschaftsministerium zu ermächtigen, bestimmte Arten von Informationsverträgen registrierungspflichtig zu machen, sobald sich zeigen sollte, daß sie als Mittel zur Umgehung des Kartellgesetzes dienen ⁷⁾.

1) a. o. I 11

2) a. o. I 13

3) CMND 2246, HNSO London 1964

4) auch METZINGER, 'Neue Stimmen zu den englischen Informationsvereinbarungen' in WRP 1964, S. 73

5) vgl. METZINGER, 'Neue Stimmen zu den englischen Informationsvereinbarungen' in WRP 1964, S. 74

6) MARKERT, 'Nochmals: Informationsverträge in Großbritannien' übersetzt dies "und" mit "oder". Auf diese sinnfälschende Änderung weist METZINGER, 'Informationsverträge in Großbritannien' in WRP 1964, S. 233 mit Recht verwundert hin.

7) vgl. MARKERT, 'Nochmals: Informationsverträge in Großbritannien' in WRP 1964, S. 152

Sinn und Zweck der Erklärungen des Registrars und des Ministers HEATH sind es somit, die Informationsaustauschverträge herauszufinden, deren Zweck es ist, den Wettbewerb zu beschränken ¹⁾.

Sowohl der englische Registrar als auch HEATH sind in ihren Urteilen über den allgemeinen Wert oder Unwert von Informationsaustauschverträgen nach wie vor sehr vorsichtig und abwägend. Sie unterscheiden sich damit wohltuend von der apodiktischen Thesenstrenge der zitierten Berliner Autoren ²⁾.

Hieraus folgt andererseits auch, daß die englischen Erfahrungen sicherlich nicht größer sind als die deutschen. Sie können damit weder von den Befürwortern noch von den Gegnern bestimmter Ausgestaltungsformen von Marktinformationsverträgen in Anspruch genommen werden. Das Ergebnis der Beobachtung nach Einführung der Registrierungs-pflicht bleibt vielmehr abzuwarten. Schließlich

-
- 1) vgl. GLEISS, 'Das Weißbuch der englischen Regierung über Monopole, Zusammenschlüsse und Wettbewerbsbeschränkungen' in WRP 1964, S.344: "Wenn die Regierung weniger den zweiten, umso mehr aber den dritten Bericht des Registrars berücksichtigt hätte, wäre aufgefallen, daß der Grund des beanstandeten Mißbrauchs nicht die Informationsvereinbarung selbst, sondern die Vereinbarungen sind, die daraus hervorgehen."
- 2) vgl. insbesondere HEATH, 'Not enough Competition' S. 33: "It is to soon to say to what extent these arrangements will be effective." und an anderer Stelle (S. 483): "Auf der Grundlage dieser kurzen und zugegebenermaßen sehr begrenzten Analyse" und Seite 476 "Da Verallgemeinerungen auf diesem Gebiet außerordentlich schwierig sind,...", siehe im übrigen auch METZINGER, Neue Stimmen zu den englischen Informationsvereinbarungen WRP 1964, S. 72.

soll zur Registrierungspflicht selbst noch einmal HEATH ¹⁾ zitiert werden: " Eine befriedigendere Lösung wäre es, die Registrierung aller Handelsabkommen zu verlangen (wettbewerbsbeschränkende und nichtbeschränkende) und dem Registrar größeres Ermessen einzuräumen, Fälle vor den Gerichtshof zu bringen; aber das Problem des Dirigismus wäre furchtbar und vielleicht sogar unzulässig."

Zusammenfassend läßt sich für die englische Situation lediglich sagen, daß bis heute keine Registrierungspflicht für reine Informationsabkommen besteht. Im Hinblick auf die Möglichkeit, daß daneben wettbewerbsbeschränkende Absprachen getroffen und zusammen mit dem Informationsverfahren praktiziert werden, wurde aber eine Registrierungspflicht für bestimmte Informationsabkommen vorgeschlagen, um diese beobachten zu können.

Festzuhalten ist aber, daß auch nicht eine der von HEATH ²⁾ beobachteten Vereinbarungen, Informationen auszutauschen für sich genommen, eine zu registrierende Wettbewerbsbeschränkung enthielt.

1) vgl. HEATH, 'Some economic consequences', S. 884

2) 'Some economic consequences', S. 475

III. Der Stand der Diskussion in Deutschland

In Deutschland ist die Handhabung eines Informationsaustauschvertrages unter zwei rechtlichen Gesichtspunkten zu überprüfen. So könnte ein Informationsaustauschvertrag gegen das grundsätzliche Kartellverbot des § 1 mit der Folge der Bußgeldpflicht gemäß § 38 Abs.1 Satz 1 GWB sowie gegen das Empfehlungsverbot des § 38 Abs.2 Satz 2 verstoßen.

a) § 1 GWB

§ 1 GWB erklärt Beschlüsse und Verträge, die zu einem gemeinsamen Zweck geschlossen werden, für unwirksam, soweit sie geeignet sind, die Erzeugung oder die Marktverhältnisse für den Verkehr mit Waren oder gewerblichen Leistungen durch Beschränkung des Wettbewerbs zu beeinflussen. § 1 GWB erklärt solche Verträge somit lediglich für zivilrechtlich unwirksam, ohne der Kartellbehörde eine Möglichkeit zu geben einzuschreiten.

Handhaben die Beteiligten einen solchen gegen § 1 verstoßenden Vertrag, ungeachtet seiner zivilrechtlichen Unwirksamkeit, so begehen sie nach § 38 Abs.1 Satz 1 GWB eine Ordnungswidrigkeit. Derartige Ordnungswidrigkeiten können im Rahmen des § 38 Abs.3 mit Bußgeldern geahndet werden. Die Geldbußen werden auf Antrag der Kartellbehörde durch Beschluß von dem Oberlandesgericht festgesetzt, in dessen Bezirk die Kartellbehörde ihren Sitz hat (§ 81 Abs.1 Satz 1 GWB).

Die Prüfung der Vereinbarkeit von Informationsaustauschverträgen mit § 1 GWB hat also beim

Informationsabkommen selbst, dem zugrundeliegenden Vertrag anzusetzen.

b) § 38 Abs.2 Satz 2 GWB

Nach § 38 Abs.2 Satz 2 GWB macht sich derjenige einer Ordnungswidrigkeit schuldig, der Empfehlungen ausgesprochen hat, die eine Umgehung der in diesem Gesetz ausgesprochenen Verbote durch gleichförmiges Verhalten bewirkt haben.

Diese Bestimmung setzt also nicht beim Vertrag, sondern bei der einzelnen Willensäußerung an. Damit ist bei der Überprüfung von der einzelnen Information, gegebenenfalls von einer Informationsgruppe auszugehen, d.h. jedoch nicht, daß der zugrundeliegende Austauschvertrag völlig vernachlässigt werden kann. Maßgebend für den Begriff der Empfehlung ist nämlich nicht nur die für sich genommene Mitteilung. Für die Frage, ob es sich bei einer Mitteilung um eine unzulässige Empfehlung handelt, ist vielmehr der gesamte Erklärungshintergrund wie Baumbach-Herfmehl¹⁾ es bezeichnen, zu untersuchen.

1. Der Gesetzgeber

Schon in den Diskussionen des Bundestagsausschusses für Wirtschaftspolitik (21. Ausschuß) wurden Marktinformationen im Zusammenhang mit dem Empfehlungsverbot diskutiert. So hielt es der Abgeordnete Naegel (CDU/CSU) in der 104. Sitzung des wirtschaftspolitischen Ausschusses vom 21.3.1956

1) 'Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht' § 38 GWB
Anm. 5)

für erforderlich, bei der seinerzeitigen Fassung des Empfehlungsverbotes einen Zusatz anzufügen, wonach die Unterrichtung und Aussprache über Preise zulässig sein solle ¹⁾. Der Abgeordnete Naegel begründete seinen Antrag damit, daß es wirklichkeitsfremd sei, den Versuch zu unternehmen, eine derartige Unterrichtung auszuschließen. In der anschließenden Diskussion wurde diese Anregung mit der Maßgabe angenommen, daß eine Unterrichtung und Aussprache über Preise nur über die zurückliegende Entwicklungsphase, nicht aber mit der Tendenz zu einem bestimmten Verhalten in der Gegenwart zulässig sein solle.

In der 106. Sitzung ²⁾ wies der Abgeordnete Hoffmann (FDP) darauf hin, daß dieser Zusatz es handelte sich seinerzeit um Absatz 4 überflüssig sei, und somit gestrichen werden könne. Eine Unterrichtung sowie eine Aussprache über die Marktlage und über Preise, die in der Vergangenheit erzielt wurden, sei eine Selbstverständlichkeit. Dieser Antrag wurde vom Abgeordneten Deist (SPD) unterstützt. Dieser befürchtete umgekehrt, daß die ausdrückliche Feststellung der Zulässigkeit von Unterrichtungen und Aussprachen im Sinne des Abs.4 einen Anreiz zu Umgehungen darstelle. Es sei selbstverständlich, daß das Verbot von Empfehlungen nicht andere Möglichkeiten der Unterrichtung ausschließe. Es müsse aber der Rechtsprechung vorbehalten bleiben, den Begriff 'Empfehlungen' im einzelnen abzugrenzen.

1) Protokoll über die 104. Sitzung des Ausschusses für Wirtschaftspolitik vom 21.3.1956, Deutscher Bundestag, 2. Wahlperiode, Drucksache 104

2) Protokoll über die 106. Sitzung des Ausschusses für Wirtschaftspolitik vom 23.3.1956, Deutscher Bundestag, 2. Wahlperiode, Drucksache 106

Entgegen diesen Befürchtungen wurde der vorgeschlagene Wortlaut des Absatz 4 mit 10 zu 6 Stimmen beschlossen. Er hatte den Wortlaut: "Unterrichtungen und Aussprachen über die Marktlage und über in der Vergangenheit erzielte Preise sind zulässig."

Eine letzte Diskussion findet sich im Sitzungsprotokoll 168a ¹⁾. Der Inhalt des vorliegenden Kurzprotokolls sei wie folgt zitiert:

"Der Ausschuß hält es für außerordentlich schwierig, eine Abgrenzung dahin zu treffen, welche Art von Erklärungen verboten werden müßte. So stellen die Abgeordneten Prof. Böhm, Illerhaus und der Vorsitzende fest, daß Empfehlungen unter bestimmten, verschleierte Formen verbreitet werden, und dann doch die gleichen unerwünschten Folgen haben könnten. Es wird festgestellt, daß auf dem Gebiet der bloßen freundschaftlichen Anregungen der Warnungen und Prophezeiungen und der Mitteilung von Statistiken viel geschehen könne, was im einzelnen, besonders wenn es in formloser Art erfolge, gar nicht oder nur sehr schwer erfaßt werden könne.

Auch ein eventuelles Verbot oder eine Verhinderung, die herausgegebenen Statistiken mit bestimmten Schlußfolgerungen oder Empfehlungen zu verbinden, würde kaum besondere Bedeutung haben, weil die meisten Unternehmer schon von sich aus zu den entsprechenden Forderungen kommen würden, wenn die Statistiken in einer bestimmten Art dargestellt würden."

In der 169. Sitzung ²⁾ wurde Absatz 4 daher wieder gestrichen; und zwar mit dem ausdrücklichen Hinweis, daß es selbstverständlich sei, daß man

1) Protokoll über die 168a Sitzung des Ausschusses für Wirtschaftspolitik vom 8.3.1957, Deutscher Bundestag, 2. Wahlperiode, Drucksache 168a

2) Protokoll über die 169. Sitzung des Ausschusses für Wirtschaftspolitik vom 9.3.1957, Deutscher Bundestag, 2. Wahlperiode, Drucksache 169

sich über die Marktlage und über die in der Vergangenheit erzielten Preise unterrichten und aussprechen könne.

Schließlich sei in diesem Zusammenhang noch die Begründung der Bundesregierung zum Gesetz zitiert: " § 1 erfaßt auch nicht Mitteilungen, durch die die Unternehmen sich gegenseitig ihre Erfahrungen, Ansichten, ja selbst ihre Preise bekanntgeben." 1)

Zusammenfassend ist festzustellen, daß man sich im wirtschaftspolitischen Ausschuß im Grundsatz darüber einig gewesen zu sein schien, daß das Gesetz niemandem verbieten könne, sich über die Marktlage zu unterhalten und sich über in der Vergangenheit erzielte Preise zu unterrichten. Die Diskussion zeigt aber auch die Besorgnis, daß die Übermittlung von Marktinformationen zum Mittel von Wettbewerbsbeschränkungen gemacht werden könne.

2. Die Kartellbehörden

Das Bundeskartellamt hat bis heute noch keine endgültige Stellungnahme zum organisierten Austausch von Marktinformationen abgegeben. Bekannt ist jedoch andererseits die Tatsache, daß der Präsident des Bundeskartellamtes und leitende Beamte dieser Behörde ihre Bedenken gegen derartige Verträge haben erkennen lassen 2).

1) Deutscher Bundestag, 2. Wahlperiode, Drucksache 1 158 vom 22.1.1955, Seite 31

2) vgl. PICKEL, 'Preismeldestellen und Kartellverbot', BB 1963, S. 699

Diese Bedenken haben sich in den offiziellen Äußerungen des Amtes jedoch noch nicht in dem Sinne niedergeschlagen, daß das BkartA die eine oder andere Form für grundsätzlich unzulässig halte. Andererseits hat es aber auch vermieden, eine grundsätzliche positive Stellungnahme abzugeben.

So erklärt es in seinem Tätigkeitsbericht für das Jahr 1958 ¹⁾.

" In einer Vielzahl von Wirtschaftszweigen teilen sich die Unternehmen gegenseitig unmittelbar, oder über eine Meldezentrale ihre Preislisten, die gezahlten Preise oder die von ihnen abgegebenen Angebote mit. Zur Zulässigkeit dieses sogenannten Open-Price-Systems hat das BkartA bisher eine grundsätzliche Stellungnahme nicht abgegeben, da noch nicht genügend Erfahrungen über das Zustandekommen und die Wirkungen eines derartigen Systems vorliegen."

In seinem Tätigkeitsbericht für das Jahr 1959 ²⁾ stellt das BkartA klar, daß eine Marktstatistik grundsätzlich zulässig sei, "solange die Meldestelle ihre Tätigkeit auf die Zusammenstellung einer Marktstatistik beschränkt und nicht versucht, durch Auswahl oder Zusammenfassung der Angaben oder in sonstiger Weise auf die Preisbildung der Unternehmen Einfluß zu nehmen". ³⁾

Auftragsmeldestellen hat das BkartA auf die Gefahr hingewiesen, daß derartige Verfahren zu unzulässigen Preisabsprachen führen können

1) 3. Wahlperiode, Bundestagsdrucksache 1000, Seite 39

2) 3. Wahlperiode, Bundestagsdrucksache 1795,

3) a.a.O., S. 16

und hat den Meldestellen für diesen Fall Bußgeldverfahren wegen Beihilfe zu der von den Mitgliedern begangenen Ordnungswidrigkeit angedroht.

Geprüft wurden ferner Gesamtumsatzmeldeverfahren. Bei bestehender Gleichförmigkeit der gewährten Gesamtumsatzrabatte hat das Amt die Behauptung der Beteiligten, daß über eine Gesamtumsatzrabattierung keine Vereinbarung bestehe, für schlüssig angesehen und trat in die Prüfung ein, ob das gleichförmige Verhalten nicht doch auf eine ausdrückliche oder durch schlüssiges Verhalten begründete Vereinbarung im Sinne des § 1 GWB zurückgeführt werden könne. Hieraus ergibt sich immerhin, daß es die Praktizierung einer Umsatzmeldestelle dann für zulässig hält, wenn keinerlei darüber hinausgehende Absprachen getroffen worden sind.

Im Berichtszeitraum 1960 prüfte das Amt weitere zahlreiche Anfrage-, Auftrags-, Angebots-, Preis- und Umsatzmeldeverfahren ¹⁾. Hierunter fallen die Meldestellen für Stahlrohre ²⁾, zahlreiche O.P.-Systeme aus dem Bereich der Stahlindustrie ³⁾, sowie Umsatzmeldestellen bei Haushaltskühlschränken ⁴⁾, Glühlampen ⁵⁾, Konservendosen ⁶⁾ und die Preismeldestelle der Fachabteilung für Installationsmaterial im Zentralverband der Elektrotechnischen Industrie. Schließlich ist noch das abgeschlossene Verfahren der Ziehereien- und Kaltwalzwerke ⁷⁾ zu nennen.

1) Bericht des BkartA über seine Tätigkeit im Jahre 1960, Bundestagsdrucksache 2 734.

2) a.a.O., Seite 71

3) a.a.O., Seite 74

4) a.a.O., Seite 79

5) a.a.O., Seite 79

6) a.a.O., Seite 84

7) a.a.O., Seite 72

Soweit dies aus den offiziellen Berichten und der Tagespresse erkenntlich wird, hat hiervon eine Preismeldestelle, nämlich die für Stahlrohre, ihre Tätigkeit auf Veranlassung des BkartA eingestellt ¹⁾. An dieser Meldestelle waren sowohl die Hersteller, als auch A- und B-Händler beteiligt. Es handelte sich um dieselben Beteiligten, denen das BkartA ein Rabattkartell mit dem Hinweis auf angeblich fehlenden Wettbewerb verweigert hatte.

Alle übrigen Verfahren werden offensichtlich noch geprüft ²⁾.

Besonderheiten ergeben sich lediglich für das OPS für Konservendosen ³⁾ und Installationsmaterial ⁴⁾. Da diese beiden Industriezweige daneben zulässige Kartelle angemeldet haben, sind die Ermittlungsverfahren mit Mißbrauchsaufsichtsverfahren gekoppelt.

In seinem Tätigkeitsbericht für das Jahr 1962 ⁵⁾, erwähnt das BkartA, daß gegen zwei Preismeldev Verfahren wegen der Besonderheiten des Sachverhaltes keine Bedenken erhoben worden seien, betont aber, daß die Zulässigkeit von Preismeldestellen auf oligopolistischen Märkten noch der Prüfung bedürfe.

1) vgl. Bericht des BkartA über seine Tätigkeit im Jahre 1961, Bundestagsdrucksache 378, Seite 18, 4. Wahlperiode

2) vgl. PICKEL, 'Neuere amerikanische Verwaltungspraxis zu Preismeldestellen und anderen Informationsaustausch zwischen Wettbewerbern' in WuW 1963, FN 16

3) a.a.O., Seite 184 des Berichtes

4) a.a.O., Seite 85 des Berichtes

5) 4. Wahlperiode, Bundestagsdrucksache IV 1 220 Seite 21

Der einzige, in der Öffentlichkeit näher bekannt gewordene Informationsaustauschvertrag, den das BkartA positiv beurteilt hat ¹⁾, ist somit der der Wirtschaftsvereinigung Ziehereien- und Kaltwalzwerke in Düsseldorf. KRAHE ²⁾ hat dieses Verfahren näher geschildert. Wegen der besonderen Bedeutung dieser ersten, positiven Entscheidung soll hierauf näher eingegangen werden.

Die genannte Wirtschaftsvereinigung, der vier Fachverbände angehören, hatte Wettbewerbsregeln angemeldet, die in Verbindung mit einem Preis-melde-System die früher zum Teil praktizierten Nichtdiskriminierungsverträge ersetzen sollten. Das BkartA stellte sich auf den Standpunkt, daß das Preis-Melde-System nicht als Teil der Wettbewerbsregeln eingetragen werden könnte. Dem Bundeskartellamt hat jedoch ein Vertragsmuster der Vereinbarung über eine Treuhandstelle zur Durchführung des Preis-Melde-Systems vorgelegen, um dessen Überprüfung die Wirtschaftsvereinigung im Interesse der von ihren Mitgliedern gewünschten Rechtssicherheit ersucht hatte.

Nach § 1 des Vertrages über die Meldestelle sind Gegenstand und Zweck des Vertrages die Verbesserung der Markttransparenz, die Durchführung einer Marktstatistik und die Verhinderung unlauterer Auspielung im Wettbewerb. Dieser Zweck soll durch die folgenden Verpflichtungen der Unterzeichnerfirmen erreicht werden:

- a) Preislisten sind unverzüglich nach Inkrafttreten einzureichen,

1) Bericht 1960, Seite 72

2) Preis-Melde-System in "Recht und Praxis" in WuW 1961, S. 464 ff.

- b) alle Abweichungen von den Preislisten sind unverzüglich nach Geschäftsabschluß zu melden,
- c) Kopien von allen Auftragsbestätigungen und Rechnungen sind laufend und vollständig mit gleicher Post zu übersenden, ebenso etwaige spätere Änderungen,
- d) alle, nicht aus der Rechnung ersichtlichen Nachlässe, Vergütungen oder sonstigen Zugeständnisse - gleich welcher Art - sind auf den Rechnungen zu vermerken, oder bei nachträglicher Änderung der Treuhandstelle aufzugeben,
- e) sämtliche Unterlagen sind mit gleicher Post wie an den Kunden, an die Treuhandstelle zur Versendung zu bringen.
- f) Die Firman waren ferner verpflichtet, die Überprüfung der ordnungsmäßigen Durchführung der Offenlegung zu dulden und für jeden Fall einer Zuwiderhandlung eine Vertragsstrafe entweder in Form einer Verwarnung, oder in Form einer Geldstrafe von mindestens DM 1.000,- zu zahlen.

Die Treuhandstelle war berechtigt und verpflichtet,

- a) die angeschlossenen Unternehmen über die Marktlage und über ihren Trend zu unterrichten,
- b) periodische Marktstatistiken anzufertigen und einzelne Auskünfte auf konkrete Anfrage zu erteilen ¹⁾.

Dieses Meldeverfahren entsprach also der allgemein üblichen Handhabung ²⁾. Zu bemerken ist

1) KRAHE, a.a.O., S. 468

2) KRAHE, a.a.O., Seite 465

lediglich, daß die gleichzeitig angemeldeten und eingetragenen Wettbewerbsregeln eine Preislistenführungspflicht enthielten, die üblicherweise in Informationsaustauschverträgen nicht vereinbart zu werden pflegt.

In seinem Eintragungsbeschuß ¹⁾ bemerkt das Bkarta lediglich

" auch die Tatsache, daß die Beteiligten beabsichtigen, auf der Grundlage eines dem Bundeskartellamt ebenfalls eingereichten Mustervertrages über eine Treuhandstelle ein sogenanntes Preis-Meldesystem durchzuführen, hat der Beschlußabteilung keine Veranlassung gegeben, die Eintragung der Wettbewerbsregeln abzulehnen 2)."

Irgendwelche Gründe für die Zulässigkeit oder Äußerungen darüber, wo die Grenzen eines zulässigen Informationsaustausches liegen, werden also nicht angegeben.

PICKEL meint nun zwar ³⁾, daß die Eintragung der Wettbewerbsregeln der Ziehereien- und Kaltwalzwerke keine Anerkennung der Gesetzmäßigkeit der in Verbindung mit diesen durchgeführten Preismeldeverträgen bedeute. Richtig ist hieran, daß diese Verträge nicht Bestandteil der Wettbewerbsregeln sind. Sie sind es jedoch gerade deshalb nicht, weil sie offensichtlich nach Auffassung des Bkarta jenseits des Geltungsbereiches des § 1 GWB in Verbindung mit § 38 Abs.1 Satz 1 GWB liegen. Damit brauchten sie nicht in die Wettbewerbsregeln aufgenommen

1) vgl. im einzelnen WuW E/Bkarta 301 ff.

2) WuW E/Bkarta 311

3) 'Neuere amerikanische Verwaltungspraxis zu Preismeldungen und anderen Informationsaustausch zwischen Wettbewerbern' in WuW 1963, Seite 29

zu werden. Wenn sich das BkartA, dem der Preis-
meldevertrag vorgelegen hat, jedoch nicht ver-
anlaßt sah einzuschreiten, so kann daraus doch
wohl nur geschlossen werden, daß es die Prak-
tizierung der vorliegenden Verträge nicht als
ordnungswidrig ansah. Daß es nämlich im Rahmen
des Opportunitätsprinzipes von einer Verfol-
gung abgesehen haben soll, dürfte bei der Be-
deutung der Ziehereien- und Kaltwalzwerke wohl
kaum anzunehmen sein, da das öffentliche In-
teresse an der Verfolgung (§ 81 Abs.2 GWB)
wohl kaum verneint werden konnte, wenn der Ver-
trag wegen Verstoßes gegen § 1 GWB nichtig sein
sollte.

Trotz dieser grundsätzlichen Anerkennung im
Einzelfall kann nicht gesagt werden, daß die
Diskussion innerhalb des Kartellamtes als ab-
geschlossen anzusehen ist. Bekannt und bereits
zitiert ist die kritische Einstellung des Prä-
sidenten des Bundeskartellamtes. PICKEL ¹⁾ be-
richtet ferner von erheblichen Bedenken leiten-
der Beamter dieser Behörde. Allen mit der Ma-
terie Befassten sind ferner die Pläne des
BkartA bekannt, die Rechtsfragen in Musterpro-
zessen klären zu lassen. BENISCH ²⁾ faßt die
Bedingungen des Kartellamtes, die einem gleich-
förmigen Verhalten vorbeugen sollen, wie folgt
zusammen:

- a) die Meldungen müssen sich auf abge-
schlossene Geschäfte beschränken,
- b) der Zweck der Meldestelle muß sich
auf die Zusammenstellung von Marktsta-
tistiken und die Verhinderung von Aus-
spielungsmaßnahmen beschränken,

1) 'Preismeldestellen und Kartellverbot', S. 699

2) 'Kooperationsfibel' mit Erläuterungen und Ver-
tragsbeispielen von Werner BENISCH, S. 59 ff.

c) es ist unzulässig, durch Auswahl oder Zusammenfassungen der Meldungen, insbesondere in Durchschnittswerten auf die Preisbildung der beteiligten Unternehmen Einfluß zu nehmen,

d) Die Meldestelle muß die Einzelheiten der Meldungen vor den Beteiligten geheimhalten,

e) Auskünfte über Beteiligte sind anonym zu erteilen, oder jedenfalls nur aufgrund einer Anfrage bezüglich eines bestimmten Abnehmers,

f) neuerdings erhebt das BkartA Bedenken wenn Meldestellen auf rein oligopolistischen Märkten, oder in Fällen klarer Markt- und Preisführerschaft die Eignung aufweisen, die Marktverhältnisse durch Beschränkung des Wettbewerbs zu beeinflussen."

Auch der kürzlich erschienene Bericht für das Jahr 1964 ¹⁾ bringt keine Klarheit. Das BkartA hält seine Bedenken aufrecht und möchte in jedem Einzelfall prüfen, ob der betreffende Vertrag geeignet ist, die Marktverhältnisse durch Beschränkung des Wettbewerbs zu beeinflussen.

3. Literatur und Rechtsprechung

a) Gleichförmiges Verhalten

Bis zum Jahre 1962 bestand in der Literatur Einigkeit darüber, daß Informationsaustauschverträge grundsätzlich und auf allen Märkten in allen Ausgestaltungsformen bis auf einige Grenzformen zulässig seien. Lediglich die Kartellreferenten des Bundes und der Länder äußerten einmal auf einer Arbeitstagung vom

1) Bundestagsdrucksache IV 3752, S. 8

5. und 6. Juni 1957 ¹⁾, daß ein "OPS" unzulässig werde, wenn es zu gleichförmigem Verhalten führe. Diese Auffassung, zu der SEYDEL ²⁾ lakonisch feststellt, daß sie im Gesetz keine Stütze finde, ist später nicht wieder aufgegriffen worden.

Seit 1963 sind Stimmen laut geworden, die sich kritisch zur Marktinformation namentlich bei bestimmten im folgenden aufgeführten Gegebenheiten äußern.

b) Allgemeine Publizität

Die Forderung, daß alle Statistiken und Meldungen im Rahmen von Informationsabkommen der Öffentlichkeit, insbesondere den Abnehmern voll zugänglich sein sollen, ist erstmals in Anlehnung an die amerikanische Praxis von GRIESBACH ³⁾ erhoben worden. GRIESBACH begründet nicht, warum 'einseitige Markttransparenz' unzulässig sein soll. Er stellt vielmehr lediglich die Vorteile zweiseitiger Markttransparenz heraus und schließt mit den Worten:

Wird die Nachfrageseite von dieser Unterrichtung ausgeschlossen, dann dürfte das Open Price System über die Förderung der Markttransparenz hinaus noch andere Ziele verfolgen. Welche das sind oder sein können, das ist allgemeingültig nicht zu sagen.

Dieser Auffassung hat sich RINCK ⁴⁾ angeschlossen. RINCK geht ebenfalls von der betriebs- und

1) abgedruckt in WuW 1957, S. 566/567

2) 'Open-Price System', NWB, Fach 20, S. 82

3) 'Denatiuierte Markttransparenz', DB 1961, S. 1621 ff.

4) 'Die Markttransparenz, ein Rechtfertigungsgrund für vergleichende Werbung u. Preismeldesysteme', BB 1962, S. 105 ff.

volkswirtschaftlichen Nützlichkeit zweiseitiger Markttransparenz aus und meint dann, daß die Zulässigkeit eines (einseitigen) Preismeldesystems von der Feststellung abhängt, ob die Reaktion der Unternehmer noch spontan sei ¹⁾. Unter Hinweis auf BAUMBACH-HEFERMEHL ²⁾ meint er, daß in der Mitteilung von Durchschnittspreisen und -trends eine Empfehlung liegen könne. Tatsächlich sagt BAUMBACH-HEFERMEHL:

Anders aber wenn über die reine Information hinaus bestimmte Preise empfohlen werden und dadurch eine Umgehung des Kartellverbots bewirkt wird ³⁾.

Bei der weiter zitierten Stelle ⁴⁾ befassen sich BAUMBACH-HEFERMEHL mit der Theorie der faktischen Bindung, also nicht damit, ob und wann Informationen als Preisempfehlungen betrachtet werden können. § 38, Randnote 27 befassen sich BAUMBACH-HEFERMEHL grundsätzlich mit dem Begriff der Umgehung. Auch mit diesem Zitat ist die These RINCK's also nicht zu belegen. Richtig stellt RINCK dann im folgenden allerdings fest, daß es entscheidend sei, ob der objektive Erklärungswert der Mitteilung als Empfehlung auszufassen sei ⁵⁾. Einige Zeilen weiter stellt er im Widerspruch hierzu allerdings fest, daß die konkrete Wirkung auf die Teilnehmer am Meldesystem entscheide. RINCK geht also offensichtlich davon aus, daß es Marktinformationssysteme gebe, die gegen das Gesetz verstießen und solche die nicht dagegen verstoßen. Für letztere führt er den Recht-

1) a.a.O., S. 107

2) 'Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht', § 1 GWB Randnote 39 und § 38 GWB, Randnote 20 u. 27

3) a.a.O., § 1 Randnote 39

4) a.a.O., § 38 Randnote 20

5) a.a.O., S. 107

fertigungsgrund der Markttransparenz ein ¹⁾, die er als neues Rechtsgut des Wettbewerbs gewertet wissen möchte ²⁾. Dieser Rechtfertigungsgrund, so schließt RINCK, sei aber nur dann gegeben, wenn tatsächlich Markttransparenz vorliege, d.h. wenn alle Daten gleichsam Anbietern wie Abnehmern offengelegt werden.

Ähnlich lautet die Begründung seines Schülers BRINKMANN ³⁾. BRINKMANN ⁴⁾ ist der Auffassung, daß sich die Zulässigkeit von Meldesystemen von der Zielsetzung des Gesetzes her beantworten lasse. Das GWB verbiete, so fährt er fort, jede Vereinbarung, jedes Tun und jede Meldung, die die wirtschaftliche Entscheidungsfreiheit der Teilnehmer einschränkt und einschränken soll. Demgemäß seien unter Berücksichtigung von § 38 Abs.1 Nr. 1 in Verbindung mit § 1 GWB nur informierende Nachrichten zulässig, die allen Marktteilnehmern schnellere und wahrheitsgemäßere Unterlagen für ihre Geschäftspolitik liefern. Ferner bestehe die Gefahr einer Verletzung des § 38 Abs.2 Satz 2 in Verbindung mit § 38 Abs.1 Nr. 1 und § 1 GWB nur für Informationen, die objektiv geeignet seien, von anderen Teilnehmern übernommen zu werden und die dann zu einem gleichförmigen Verhalten von mindestens 2 Unternehmen führten ⁵⁾. Auch diese Informationen können aber nach BRINKMANN durch den übergeordneten Gesichtspunkt der Markttransparenz gerechtfertigt werden, wenn die Mitteilung den Marktbeteiligten zur gleichen Zeit bekannt gegeben wird.

1) a.a.O., S. 107

2) a.a.O., S. 108

3) 'Markttransparenz und Wettbewerbsrecht', Diss. Göttingen 1963

4) a.a.O., S. 49

5) a.a.O., S. 50

Dieser Forderung des Zwanges zur allgemeinen Publizierung sind MENZE ¹⁾ und BEHRENS ²⁾ mit ökonomischen und rechtlichen Gesichtspunkten entgegengetreten.

Die Kernfrage ist insoweit nicht, ob zweiseitige Markttransparenz gut, nützlich oder einen Marktvorsprung ausgleichend wirkt, sondern die Frage, ob einseitige Informationen gegen das Gesetz verstoßen. Erst nach dieser Frage kann geprüft werden, ob sie durch den Rechtfertigungsgrund der Markttransparenz doch noch gerechtfertigt werden kann ³⁾.

c) Meldung der Preise zukünftiger Geschäfte

Die amerikanische Diskussion über die Zulässigkeit der Meldung und Weitergabe zukünftiger Marktdaten hat sich in der deutschen Literatur fortgesetzt. SEYDEL ⁴⁾ mahnt, daß das 'OPS' sich auf in der Vergangenheit erzielte Preise beschränken müsse. Neue Preislisten und beabsichtigte Preise dürften nicht zum Gegenstand eines 'OPS' gemacht werden. Am weitesten geht andererseits MÜLLER-HENNEBERG ⁵⁾, der auch die Mitteilung erst beabsichtigter Preisänderungen, also die Mitteilung des rein internen Entschlusses über künftige Preise, für zulässig

1) 'Zur Diskussion der Markttransparenz' in DB 1962, S. 341

2) 'Die überforderte Markttransparenz' in WRP 1962, S. 27 ff.

3) im Ergebnis gleichlautend MÜLLER-HENNEBERG im Gemeinschaftskommentar, 2. Auflage, § 1, Randnote 41

4) a.a.O., NWB, Fach 20, S. 82

5) im Gemeinschaftskommentar 1. Auflage, § 1, Anm. 31 und 2. Auflage, § 1, Anm. 40

hält. Dazwischen liegen die Meinungen von MENZE ¹⁾, BEHRENS ²⁾, DERINGER/TESSIN ³⁾ sowie GLEICHMANN ⁴⁾.

MENZE sieht die Gefahr eines Verstoßes gegen § 38 Abs.2 Satz 2 GWB, wenn die bekanntgegebenen Daten sich nicht nur auf abgeschlossene Geschäfte oder auf sonstige, im Zeitpunkt der Meldung vollendete Tatsachen, zu denen er allerdings auch Angebote zählt, beschränken.

DERINGER/TESSIN vertreten die Ansicht, die Meldung von Preisdaten, die sich auf ein künftiges Verhalten beziehen und die noch nicht den Abnehmern mitgeteilt worden sind, begründeten den Verdacht, daß eine Empfehlung ausgesprochen werden soll.

BEHRENS ⁵⁾ hält unter Berufung auf die amerikanische Rechtsprechung und auf BRINKMANN ⁶⁾ nur die Weitergabe solcher Daten für rechtmäßig, die dem Abnehmermarkt bereits zur Kenntnis gekommen sind.

Alle genannten Autoren bleiben jedoch eine Erklärung für ihre Einschränkung schuldig. MENZE ist zwar darin zu folgen, daß bei dem Austausch

1) 'Das Open Preissystem und das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen' in WuW 1958, S.104

2) 'Zur Zulässigkeit des Open Preissystems nach dem GWB' in WRP 1960, S. 61

3) 'Die Grenzen der Zulässigkeit von Preismeldungen' in DB 1963, S. 20

4) 'Zur kartellrechtlichen Beurteilung von Nicht-Diskriminierungsverträgen' in WRP 1959, S.165

5) a.a.O., S. 62 und 'Marktinformation und Wettbewerb', S. 115 ff., insbesondere S. 120

6) 'Markttransparenz und Wettbewerbsrecht', S.40

zukünftiger Marktdaten die Gefahr eines Verstoßes gegen das Empfehlungsverbot besteht. Die Gefahr eines Verstoßes ist aber noch kein Verstoß. Erst wenn die Befürchtung eintritt, liegt eine verbotene Empfehlung vor. Selbst wenn man ferner DERINGER/TESSIN folgen will, daß die Bekanntgabe zukünftiger Marktdaten den Verdacht begründe, daß eine Empfehlung ausgesprochen werden solle, so ist daraus noch nicht zu schließen, daß jede Mitteilung einer ernsthaften Absicht bereits eine Empfehlung ist.

BEHRENS schließlich beruft sich lediglich auf die amerikanische Praxis und auf BRINKMANN. Eine Auseinandersetzung mit dem deutschen Recht fehlt. Diese kann auch nicht durch den Hinweis auf BRINKMANN ersetzt werden, da dieser seine These folgerichtig darauf stützt, daß der Rechtfertigungsgrund der Markttransparenz nur demjenigen zu Gute kommen könne, der Abnehmer und Anbieter informiere. Dies wird von BEHRENS an anderer Stelle ¹⁾ gerade abgelehnt.

Ernst zu nehmen sind somit lediglich die Bedenken von GLEICHMANN. Dieser kommt nicht zu einem allgemein gültigen Ergebnis ²⁾. GLEICHMANN geht davon aus, daß dem Begriff der Eignung im § 1 GWB eine zentrale Bedeutung zukomme ³⁾. Dieser Begriff bedürfe aber der Einengung, zugeschnitten auf den Sinn und Zweck des Gesetzes. Drei Merkmale seien, so fährt er fort, gemeinsam und als Einheit zu berücksichtigen, nämlich der

1) 'Die überforderte Markttransparenz' in WRP 1962, S. 27 ff.

2) a.a.O., S. 169

3) a.a.O., S. 168

rechtliche Wirkungsbereich der Regelung, die tatsächliche Handhabung und die Auswirkung ¹⁾). Er unterstellt, daß bei Preismeldungen sowohl ein wettbewerbsbeschränkendes als auch ein wettbewerbs-neutrales Verhalten möglich sei. Maßgebend sei auch, ob durch wirtschaftlichen Druck oder ähnliche Maßnahmen ein Zwang zum Eintritt in Preise, die von Unternehmen genannt werden, erfolgt. Dies vorausgeschickt kommt er zu dem Ergebnis, daß es auf die Gegebenheiten des einzelnen Falles ankommen müsse, wobei er als relevante Tatsachen die Struktur des Marktes, die Stellung der Beteiligten in diesem Markt und das Verhältnis der Beteiligten untereinander und zu den Außenstehenden betrachtet wissen will. Er scheint allerdings mehr zur Unzulässigkeit zu neigen, wenn er auch 'reale Möglichkeiten' ²⁾ zugesteht, daß die vorherige Preismeldung nicht zu einer Wettbewerbsbeschränkung führt. Unzulässigkeit nimmt er dann an, wenn bei Abschluß des Vertrages eine Vermutung besteht, daß nach der allgemeinen Lebenserfahrung mit einer an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit die Regelung zu einer Wettbewerbsbeschränkung führt, oder durch die Art der Durchführung und/oder durch die Wirkung der Regelung der Markt durch Wettbewerbsbeschränkung beeinflußt wird. Einen Verstoß gegen § 38 Abs. 2 GWB hält er dann für möglich, wenn die Meldung -etwa eines sogenannten namhaften Unternehmens- zu einer Gleichförmigkeit des Verhaltens führt ³⁾. Zu bemerken ist lediglich noch, daß GLEICHMANN diese Fragen unter dem Gesichts-

1) a.a.O., S. 168

2) a.a.O., S. 169

3) a.a.O., S. 169

punkt untersucht, daß gleichzeitig eine Preislistenführungspflicht vereinbart wird ¹⁾.

d) Identifizierung der Beteiligten

Die offensichtlich in Einzelfällen geäußerte, nicht aber veröffentlichte Auffassung des Bkarta, daß die Meldestelle die Einzelheiten der Meldung vor den Beteiligten geheim halten müsse und daß Auskünfte über Beteiligte anonym zu erteilen seien oder jedenfalls nur auf Grund einer Anfrage bezüglich eines bestimmten Abnehmers ²⁾, wird in der Literatur nicht geteilt. Das geduldete Preismeldeverfahren der Ziehereien und Kaltwalzwerke sieht eine automatische Weitergabe von Informationen nur für Preislisten vor. Da derartige Preislisten das Lieferwerk auszuweisen pflegen, kann davon ausgegangen werden, daß insoweit die Anonymität der Lieferwerke nicht gewahrt ist.

Bei Einzelinformationen soll bei diesen Meldeverfahren allerdings gewährleistet werden, daß die Lieferanten nicht genannt werden. Ob diese Anonymität einem besonderen Wunsch des Bkarta entspricht, oder ob die Ziehereien und Kaltwalzwerke diese Art der Durchführung als die zweckmäßigste angesehen haben, ist nicht ersichtlich.

Offensichtlich hat aber das Bkarta die Identifizierung der Abnehmer zugelassen, da jedem Werk nach dem Vertrag die Möglichkeit offen-

1) a.a.O., S. 167

2) vgl. oben unter Hinweis auf BENISCH, Erläuterungen zur Kooperationsfibel, Zwiter Teil, A III 2

steht, die Preisstellung der Konkurrenten bei einzelnen Abnehmern zu erfragen.

KRAHE ¹⁾ hält die Wahrung der Anonymität der Lieferwerke unter Hinweis auf das erhebliche Informationsbedürfnis nicht für rechtlich geboten. Dem ist, soweit ersichtlich, die gesamte übrige Literatur gefolgt ²⁾. Lediglich DERINGER/TESSIN, die grundsätzlich dieselbe Auffassung vertreten, weisen in diesem Zusammenhang auf die Gefahr hin, daß eine solche Praxis den Verdacht unzulässiger Empfehlung nahe lege ³⁾.

e) Automatische Einzelinformationen

Hierunter versteht man die automatische Weitergabe sämtlicher eingehender Einzelinformationen, durch die Treuhandstelle, sei es an alle Beteiligten des Verfahrens, sei es an die Lieferanten dieses einzelnen Abnehmers ⁴⁾. Das Bkarta hält auch diese Handhabung für mindestens bedenklich ⁵⁾. Auch dieser Einschränkung ist die Literatur nicht gefolgt ⁶⁾. Lediglich BEHRENS ⁷⁾ meint, daß das wahllose Versenden von Preismitteilungen an alle Beteiligten ohne Rücksicht darauf, ob diese an

1) 'Preismeldesysteme in Recht und Praxis' in WuW 1961, S. 469/470

2) vgl. insbesondere BEHRENS, 'Marktinformation u. Wettbewerb', S. 121 ff.; MÜLLER-HENNEBERG im Gemeinschaftskommentar, 2. Aufl., § 1, Randnote 40 u. BENISCH, Erläuterungen zur Kooperationsfibel, S. 61

3) DERINGER/TESSIN, 'Die Grenzen der Zulässigkeit von Preismeldestellen' in DB 1963, S. 21

4) vgl. oben B II 2 b

5) Zweiter Teil A III 2, sowie BENISCH, 'Erläuterungen zur Kooperationsfibel', S. 60

6) vgl. BENISCH, a.a.O.

7) 'Zur Zulässigkeit des Open Price-Systems nach dem GWB' in WRP 1960, S. 63

den zur Zeit infrage stehenden Geschäften überhaupt beteiligt sind, unter Umständen schon nicht mehr der Zielsetzung eines OPS entsprechen könne. Er empfiehlt deshalb, eine Beschränkung auf diejenigen Fälle, wo das Informationsbedürfnis erkenntlich werde. Bei seiner Zusammenfassung stellt er jedoch wieder einschränkend fest, daß Ausnahmen nach den besonderen Umständen des Einzelfalles möglich sein können.

4. Marktinformationen im Oligopol

Oben ¹⁾ wurde gezeigt, daß in der kartellrechtlichen Literatur keine Bedenken gegen die Erstellung von anonymen Marktstatistiken und gegen Informationsverfahren, die vergangene Marktdaten betreffen, geäußert wurden. Die geringen Differenzen bezüglich der rechtlichen Grenzen betreffen lediglich Randfragen.

Neuerdings werden jedoch schwerwiegende Bedenken von drei Angehörigen des Bundeskartellamtes gegen Marktinformationen auf oligopolistischen Märkten geltend gemacht. Begründung und Grenzen der Zulässigkeit sind allerdings unterschiedlich.

a) Die Auffassung von Ingo SCHMIDT

Ingo SCHMIDT geht von den Marktmechanismen aus, die im ersten Teil unter V. 1. im einzelnen beschrieben und gewürdigt wurden. Während aber PHILIPS²⁾ der die Thesen SCHMIDT's als Nationalökonom unterstützt, sich einer juristischen

1) unter 3.a) bis e)

2) 'Markttransparenz in Theorie und Wirklichkeit' in WuW 1964, S. 211, FN 18

Wertung enthält, schließt SCHMIDT aus den von ihm dargelegten Folgen der Markttransparenz auf oligopolistischen Märkten, daß Meldestellen auf diesen Märkten immer geeignet seien, die Erzeugung oder die Marktverhältnisse für den Verkehr mit Waren oder gewerblichen Leistungen durch Wettbewerbsbeschränkung zu beeinflussen. SCHMIDT schließt nun zwar für die rechtliche Beurteilung die Mitteilung marktstatistischer Daten aus und möchte die geschilderten schädlichen Folgen auf Meldestellen, betreffend die Aktionsparameter Preis, Qualität, Rabatte, Konditionen, Werbung und Service beschränkt wissen. Bezüglich des Aktionsparameters Qualität verweist er auf seine Erörterungen zum Warentest ¹⁾. Diese Unterscheidung mutet jedoch recht willkürlich an, da SCHMIDT vorstehend ausführt, daß jede "künstliche Vervollkommnung der Markttransparenz durch organisatorische Maßnahmen" ²⁾ zur entsprechenden Minderung des Wettbewerbs führen muß. Die Begründung dafür, daß ausgerechnet die Meldestellen der Anbieter besonders schädlich sein sollen, bleibt SCHMIDT schuldig. Sicherlich schafft eine Marktstatistik, die den Gesamtmarkt erfaßt, mehr Markttransparenz als die Möglichkeit, Einzelpreise durch Rückfrage zu erfahren. Läßt man SCHMIDT's verblüffende Einschränkung auf Meldestellen ³⁾, die nur damit erklärt werden kann, daß er sich nicht all zu weit von dem entfernen wollte, was man bisher für gut und richtig gehalten hat, außer acht, so richten sich seine gesamten

1) a.a.O., S. 104. Mit dem Hinweis auf die Erörterungen zum Warentest, sind wohl die Ausführungen auf S. 100 gemeint.

2) a.a.O., S. 103

3) a.a.O., S. 105

sonstigen Ausführungen gegen jede Verbesserung der Markttransparenz, namentlich bezüglich der Aktionsparameter, bei denen allein im homogenen Oligopol Wettbewerb möglich sein soll. Preis-meldestellen, namentlich lediglich solche zwischen Anbietern, dürften nur in geringem Umfang betroffen sein, da nach SCHMIDT ein Preiswettbewerb ohnehin nicht möglich ist.

b) Die Auffassung von Walter PICKEL

PICKEL geht vom amerikanischen und englischen Recht aus und hat seine Auffassung in drei Aufsätzen dargelegt ¹⁾. PICKEL wendet sich gegen 'Preismeldeverträge', welche die Markttransparenz im konkreten Einzelfall herstellen, d.h. den Unternehmen Auskünfte geben über Preise, Rabatte, Sondervergünstigungen und gegebenenfalls andere erhebliche Geschäftsbedingungen, die bestimmten Kunden berechnet oder angeboten worden sind und zwar zumindest unter Benennung des Kunden, wo nicht anders erwähnt, auch des Wettbewerbers. Er sieht die (schädlichen) typischen ökonomischen Wirkungen dieser Einrichtungen namentlich, wenn das Merkmal der "Benennung von Käufern und Verkäufern im konkreten Geschäftsvorgang" gegeben ist ²⁾. Er begründet seine

-
- 1) 1.) 'Neuere amerikanische Verwaltungspraxis zu Preismeldestellen u. anderem Informationsaustausch zwischen Wettbewerbern' in WuW 1963, S.28 ff., unter Hinweis auf 40 Consent Decrees mit der Antitrust-Division des Department of Justice
2.) Ausführlich in 'Preismeldestellen und Kartellverbot' in BB 1963, S.699 ff. u. schließlich
3.) 'Die Bedeutung der Diskussion der amerikanischen Rechtspraxis zu den Preismeldestellen für die Auslegung u. Anwendung des GWB' in WRP 1964, S. 1 ff.
2) 'Preismeldestellen und Kartellverbot', BB 1963, S.707 in Verbindung mit S. 700

Auffassung damit, daß "die Bereitschaft zum individuellen Preisinformationsaustausch notwendig ein gentleman agreement über ein gleichförmig abgestimmtes Verhalten voraussetze" ¹⁾. Die Beschränkung der Handlungsfreiheit, so fährt er fort, sei bereits in der Pflicht zur Meldung zu sehen. Diese hindere den Wettbewerber daran, Preise herabzusetzen, zumal er sich mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit gesellschaftlicher Verurteilung aussetze. Überdies werde die wettbewerbsbeschränkende Beeinflussung der Marktverhältnisse vom Zweck der Vereinbarung umfaßt. "Es wäre grotesk anzunehmen, daß Unternehmer sich über die Auswirkungen ihres Tuns nicht im klaren sind und daß sie bei den angenommenen Marktvoraussetzungen die Wirkungen nicht beabsichtigen; die Wirkungen werden nicht nur gebilligt, sie sind gewollt. Die insoweit bestehende Willensübereinkunft schließt eine gesellschaftliche und moralische nicht anklagbare Verpflichtung ein, alles zu unterlassen, was dem Vertragszweck widerspricht, insbesondere Preiswettbewerb in der Form individueller Preiszugeständnisse und Rabatte" ²⁾. Damit seien die Voraussetzungen für § 1 GWB gegeben; die Handhabung von Preisaustauschverträgen verstoße somit gegen § 38 Abs.1, Nr. 1 GWB.

Darüber hinaus seien Preismeldeverfahren unzulässig da sie der Übermittlung von verbotenen Empfehlungen, der in § 38 Abs.2 Satz 2 GWB bezeichneten Art dienen. Dies begründet PICKEL ³⁾ damit, daß der Mitteiler der Preismeldung wolle, "daß auf den von ihm genannten Preis keine

1) a.a.O., S. 707

2) a.a.O., S. 707

3) a.a.O., S. 708

individuellen Sonderzugeständnisse gemacht werden und ihm sei bekannt, daß die Empfänger diese, seine Absicht kennen. Die Mitteilungsempfänger müssen umgekehrt die Meldungen als Aufforderung verstehen, im Interesse der Gruppe und damit im wohlverstandenen Selbstinteresse, die genannten Preise -soweit nicht außergewöhnliche Umstände vorliegen- nicht zu unterbieten" ¹⁾. Damit seien, so fährt PICKEL fort, die Meldungen nicht rein informativ, sondern erfolgen zu dem Zweck, ein gleichförmiges Verhalten zu erzielen; es seien Erklärungen "durch die jemand etwas für einen anderen vorteilhaft bezeichnet und es ihm deshalb nahelegt, anrät oder vorschlägt." Der Empfehlungswille ergebe sich eindeutig aus den Umständen. Die weitere Tatbestandsvoraussetzung, die Befolgung der Empfehlung durch die Empfehlungsempfänger dürfte in der Regel leicht nachzuweisen sein.

Die Begründungen bergen nach Auffassung des Verfassers jedoch einen Widerspruch in sich. Während PICKEL nämlich bei der Begründung des Verstoßes gegen § 1 davon ausgeht, daß jeder sich hüten sollte zu unterbieten, da er sich damit gesellschaftlicher Verurteilung aussetze und mit gezielten Gegenmaßnahmen rechnen müsse, geht er bei der Begründung des Verstoßes gegen das Empfehlungsverbot offensichtlich davon aus, daß solche Zugeständnisse erfolgen. Nach PICKEL's Auffassung werden die Mitteilungsempfänger ihn dann aber wiederum nicht gesellschaftlich verurteilen und keine gezielten Gegenmaßnahmen ergreifen. Sie werden vielmehr umgekehrt die Meldung des angeblich gesellschaftlich zu verurteilenden, im wohlver-

1) a.a.O., S. 707/708

standenen Eigeninteresse übernehmen und nicht unterbieten. Wie PICKEL diese beiden, sich ausschließenden Verhaltensweisen auf einen Nenner bringen will, erklärt er nicht näher.

c) Die Auffassung von Dr. Kurt MARKERT ¹⁾

MARKERT geht von denselben Voraussetzungen aus wie PICKEL und SCHMIDT und unterstreicht deren Richtigkeit. Die rechtliche Begründung PICKEL's und SCHMIDT's hält er jedoch nicht für ausreichend.

So hält er SCHMIDT entgegen, daß die rein tatsächliche Marktfolge der Verminderung der Intensität des Wettbewerbs für sich allein noch keine Wettbewerbsbeschränkung darstelle. Dies gelte auch dann, wenn die Beteiligten mit dem Eintritt dieses Erfolges rechnen oder diesen Erfolg bewußt anstreben. Erforderlich sei vielmehr, daß eine vertragliche Beschränkung der wettbewerbsrelevanten Handlungsfreiheit erfolge ²⁾.

Der Auffassung PICKEL's hält er entgegen, daß das Bestehen einer wettbewerbsbeschränkenden Absprache über die meldepflichtigen Marktdaten selbst nicht logisch zwingend bereits aus der Existenz eines Preismeldesystems gefolgert werden könne. Es müsse vielmehr im Einzelfall nachgewiesen werden ³⁾.

1) vgl. MARKERT, 'Kartellrechtliche Beurteilung von Preismeldeverträgen' in DB 1963, S. 1455 ff. u. 'Preismeldeverträge und Oligopol' in BB 1964, S. 62 ff.

2) 'Kartellrechtliche Beurteilung von Preismeldeverträgen' in DB 1963, S. 1458

3) a.a.O., S. 1457

MARKERT selbst geht davon aus, daß die Beschränkung der Handlungsfreiheit nach heutiger Auffassung Gegenstand des Vertrages sein müsse. Die unmittelbare oder mittelbare Folge eines Vertrages müsse unberücksichtigt bleiben ¹⁾. Trotzdem, so fährt er fort, liege eine direkte Beschränkung der wettbewerbsrelevanten Handlungsfreiheit vor, da die Meldepflicht sich "als Bedingung für den selbständigen Gebrauch dieser Wettbewerbsmittel" darstelle ²⁾. Daß eine solche Bedingung in einem Oligopolmarkt die Vornahme der ihr unterliegenden Wettbewerbshandlung erheblich erschwere, liege auf der Hand. Ebenso wie ein vertraglicher Ausschluß greife auch schon eine solche Bedingung in die freie Entscheidung des Unternehmers über sein Verhalten im Wettbewerb ein und müsse daher als rechtliche Beschränkung der Entscheidungsfreiheit im Wettbewerb betrachtet werden ³⁾. Liege somit ein Anbieteroligopolmarkt vor, so stelle die mit der Vornahme von Wettbewerbshandlungen gekoppelte vertragliche Meldepflicht als erschwere Bedingung für solche Handlungen eine Wettbewerbsbeschränkung im Sinne des § 1 GWB dar. Unerheblich sei es damit auch, ob sich die Meldepflicht nur auf abgeschlossene Geschäfte oder auch schon auf Angebote beziehe. Es sei ferner nicht entscheidend, ob die Meldung den Namen des Käufers enthalte oder nicht ⁴⁾.

Bestehe aber keine Meldepflicht, sei den Beteiligten vielmehr die Abgabe von Meldungen freigestellt, dann liege auch keine Wettbewerbsbeschränkung vor. Damit sei den Beteiligten die Möglichkeit zur Kooperation auf freiwilliger Basis unbenommen. ⁵⁾

1) a.a.O., S. 1456

2) a.a.O., S. 1456

3) a.a.O., S. 1457

4) a.a.O., S. 1457

5) a.a.O., S. 1458

d) Die Gegenstimmen

Diesen Auffassungen des Berliner Kreises sind BEHRENS, KRAHE, MENZE, METZINGER und KRIEGER mit den folgenden Argumenten entgegengetreten.

- 1.) Die volkswirtschaftlichen Folgen eines Preisinformationsaustausches, die SCHMIDT im Anbieteroligopol befürchtet, seien nicht typisch, sondern eher ein Einzelfall und würden durch die tatsächliche Preisentwicklung statistisch widerlegt ¹⁾.
- 2.) Selbst wenn eine solche schädliche Folge eintrete, liege keine vertraglich wettbewerbsbeschränkende Bindung vor ²⁾.
- 3.) Der unterstellte Sinn und Zweck des Meldevertrages sei eine Unterstellung, die im Einzelfall erst nachgewiesen werden müsse. Darüber hinaus reiche selbst ein solcher Sinn und Zweck als einfaches Motiv nicht aus; es müßten vielmehr wettbewerbsbeschränkende Absprachen hinzutreten ³⁾.

-
- 1) vgl. BEHRENS, 'Marktinformation u. Wettbewerb', S. 140 ff. und 149 ff.; MENZE, 'Markttransparenz in Theorie und Wettbewerbsrecht' in WuW 1963, S. 573 ff.; ders. 'Die Integrität der Marktinformation' in WRP 1964, S. 192 ff. mit statistischen Beispielen (Seite 193); vgl. auch statistischer Anhang, Tabelle 3.; METZINGER, 'Preisaustauschverträge u. Preisbildung', BB 1963, S. 1202; ders. 'Preisaustauschverträge auf Oligopolmärkten', DB 1964, S. 832 ff.; KRIEGER, 'Preisaustauschverträge kein Kartellersatz' in DB, 1954, S. 362
 - 2) KRAHE, 'Marktinformation in Theorie u. Praxis' in BB 1963, S. 922/923, ebenso BENISCH, 'Erläuterungen zur Kooperationsfibel', S. 60/61; MARKERT, 'Kartellrechtliche Beurteilung von Preisermeldeverträgen' in DB 1963, S. 1458
 - 3) vgl. KRAHE, 'Marktinformation in Theorie u. Praxis' in BB 1963, S. 923; MARKERT, 'Kartellrechtliche Beurteilung von Preisermeldeverträgen', DB 1963, S. 1458

4.) Die Meldung sei nicht Bedingung für die Vornahme einer Wettbewerbsbehandlung, sondern lediglich deren vertragliche Folge. Der Nicht-eintritt der Bedingung berühre nicht die Wirksamkeit der Wettbewerbsbehandlung. Selbst wenn man eine gewisse Hemmung durch die Meldepflicht unterstellen wolle, so sei die Meldepflicht nicht Bedingung für die Wettbewerbsbehandlung, sondern lediglich deren Folge mit der weiteren Folge, einer gewissen Hemmung. Daraus ergebe sich keinesfalls, daß eine eventuell eintretende Wettbewerbsminderung Gegenstand des Vertrages sei ¹⁾.

5. Informationsaustausch und Wettbewerbs- beschränkung

Die Frage, ob ein Informationsaustauschvertrag unzulässig ist, und damit eine über die Bestrafung der Wettbewerbsbeschränkung selbst hinausgehende weitere Bußgeldpflicht auslöst, wenn er der Durchsetzung oder Überwachung einer verbotenen Absprache dient, ist bestritten.

BEHRENS ²⁾ und DEHRINGER/TESSIN ³⁾ nehmen an, daß der Preismeldevertrag dann nichtig und damit bußgeldpflichtig sei, wenn er der Kontrolle oder Durchsetzung einer unzulässigen Absprache

1) KRAHE, 'Legalisierung der Marktinformation' in DB 1964, S. 359; KRIEGER, 'Preisaustauschverträge, kein Kartellersatz' in DB 1964, S. 362; zustimmend METZINGER, 'Preisaustauschverträge auf Oligopolmärkten' in DB 1964, S. 834

2) 'Marktinformation u. Wettbewerb' 1963, S. 210/211; ders. 'Zur Zulässigkeit des Open Pricesystems nach dem GWB' in WRP 1960, S. 57 ff. 58

3) 'Die Grenze der Zulässigkeit von Preismeldstellen' in DB 1963, S. 19

gedient hat oder dient. BEHRENS begründet diese Auffassung damit, daß der Informationsvertrag beim Vorliegen einer wettbewerbsbeschränkenden Abrede unter den Wettbewerbern seinerseits geeignet sei, den Wettbewerb zu beeinflussen, da damit der Vertrag selbst kausal für die Wirkung der Absprache werde ¹⁾.

Dem ist von KRIEGER ²⁾ mit der Begründung widersprochen worden, daß das Verbot einer per se gesetzmäßigen Tätigkeit nach dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung ³⁾ nur aufgrund einer gesetzlichen Gestattung zulässig sei ⁴⁾. Eine solche gesetzliche Handhabe, die nach § 17 OWiG ausdrücklich vorausgesetzt sei, gebe es im GWB jedoch nicht. Damit bleibe dem Bkarta nur die Möglichkeit gegen die ungesetzliche Handlung selbst, also die zu Grunde liegende Absprache, vorzugehen und diese mit einem oder im Fortsetzungsfalle fortlaufenden Bußgeldern zu ahnden ⁵⁾.

1) 'Marktinformation und Wettbewerb', S. 210

2) 'Das Recht der Informationsaustauschverträge in den USA und in Deutschland' in WuW 1963, S. 475 ff.

3) Artikel 20, Abs. 3 Grundgesetz

4) FORSTHOFF, 'Lehrbuch des Verwaltungsrechts', 8. Auflage 1961, S. 225

5) Zustimmend MENZE, 'Die Integrität der Marktinformation' in WRP 1964, S. 191

B. Die rechtlichen Grundlagen der Überprüfung

I. § 1 GWB

Die Handhabung eines Informationsaustauschvertrages wäre dann bußgeldpflichtig, wenn er nach § 1 GWB unwirksam wäre und die Beteiligten sich über die Unwirksamkeit hinwegsetzten, ihn also wie einen wirksamen Vertrag praktizierten.

Unwirksamkeit des Vertrages nach § 1 GWB läge vor, wenn es sich um einen Vertrag handelte, der zu einem gemeinsamen Zweck geschlossen wurde und geeignet wäre, die Erzeugung oder die Marktverhältnisse für den Verkehr mit Waren oder gewerblichen Leistungen durch Beschränkung des Wettbewerbs zu beeinflussen.

Daß jeder Informationsaustausch, gleichgültig welcher Ausgestaltung, zu einem gemeinsamen Zweck geschlossen worden ist, dürfte kaum zweifelhaft sein. Der gemeinsame Zweck ist die Verbesserung der Markttransparenz im allgemeinen und die Bekämpfung der Käuferlüge im besonderen. Namentlich dient er auch dazu, sicherzustellen, daß die Beteiligten ihre Wettbewerbshandlungen aufgrund detaillierter Kenntnis vornehmen, und nicht aufgrund von Marktgerüchten im allgemeinen, oder Zwecklügen im besonderen.

Es dürfte ferner nicht zweifelhaft sein, daß er geeignet ist, den Markt in irgendeiner Weise zu beeinflussen. Andernfalls wäre die mit Mühen und Kosten verbundene Durchführung des Abkommens sinnlos. Er soll dem Unternehmer Unterlagen geben, aufgrund derer er marktgerechte Entscheidungen

zu treffen in der Lage ist. Diese Möglichkeit, erstmalig kenntnisreiche Entscheidungen zu treffen, ist für jeden der Beteiligten Grund genug, seinerseits mit seinen Informationen dem gemeinsamen Zweck zu dienen, ohne daß ihm damit der Wille zur Wettbewerbsbeschränkung unterstellt werden muß, zumal noch nicht einmal die Verpflichtung marktgerechte Entscheidungen zu treffen, Gegenstand von Informationsabkommen ist.

Es fehlt jedoch an der Beeinflussung der Marktverhältnisse durch Wettbewerbsbeschränkung, da Informationsabkommen, ohne darüberhinausgehende weitere Abmachungen dem Unternehmer nur die Grundlagen für individuelle eigenverantwortliche Entscheidungen geben, ohne auf diese Entscheidungen einen größeren Einfluß auszuüben, als die Tatsachen, zu denen auch die Kenntnis von der Wettbewerbsreaktion gehört, eben auszuüben vermögen.

Demgegenüber ist der kartellrechtlich relevante Vertrag durch einen gegenseitigen und gemeinsamen Verzicht auf die Verwendung einzelner oder mehrerer Aktionsparameter gekennzeichnet. Im Informationsvertrag kommt ein solcher Verzicht weder zum Ausdruck, noch wirkt er in Richtung auf einen Kollektivverzicht.

Der Vertrag ist lediglich geeignet, den Wettbewerb einsichtiger zu machen. Dies mag zwar dazu führen, daß er damit im Sinne der strafrechtlichen Kausalität ursächlich für einen einzelnen Verzicht auf Wettbewerb durch einen einzelnen Wettbewerber im Rahmen seiner selbständigen Entscheidung wird. Ursächlichkeit ist jedoch noch

nicht Eignung. Eine solche Eignung liegt, wie GLEICHMANN ¹⁾ mit Recht feststellt, nur dann vor, wenn mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit mit gleichlautenden Wettbewerbsverzichten zu rechnen ist. Hieran fehlt es, wie sich aus den obigen wirtschaftlichen Betrachtungen ergibt. Die angestellten Untersuchungen haben vielmehr gezeigt, daß Informationsverfahren, gleich welcher Ausgestaltung, sowohl im Polypol, als auch im Oligopol nicht generell -und hierauf kommt es an- geeignet sind, zu Wettbewerbsverzichten zu führen.

Der Nachweis, daß ein Informationsvertrag und seine Handhabung nicht gegen § 1 GWB in Verbindung mit § 38 Abs.1 Satz 1 GWB verstößt, und zwar auch dann nicht, wenn das Abkommen zu gleichförmigem Verhalten führt, ist nicht Gegenstand dieser Untersuchung. Für viele wird insoweit auf die bereits genannte Literatur, namentlich MÜLLER-HENNEBERG ²⁾, BAUMBACH-HEFERMEHL ³⁾, BEHRENS ⁴⁾, BENISCH ⁵⁾ und MAUL ⁶⁾ verwiesen.

II. § 38 Abs.2, Satz 2 GWB

Bei den Gegnern des Informationsaustausches, namentlich auf oligopolistischen Märkten steht der angebliche Verstoß gegen § 1 GWB in Verbindung mit § 38 Abs.1, Satz 1 GWB im Vordergrund. Dies ist nur natürlich und folgerichtig, da diese der Auffassung sind, die Pflicht zur Meldung führe

1) 'Zur kartellrechtlichen Beurteilung von Nicht-diskriminierungsverträgen' in WRP 1959, S.169

2) Gemeinschaftskommentar, 1. Aufl., § 1 RN 31 u. 32; derselbe 2. Aufl., RN 40 u.41

3) 'Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht' § 1 RN 39

4) 'Marktinformation u. Wettbewerb'

5) 'Erläuterungen zur Kooperationsfibel', S.60

6) Dissertation, Mainz 1963

zur Erstarrung. Damit entfielen auch die Änderungen von Aktionsparametern, es könnten somit überhaupt keine Informationen über Änderungen erfolgen, die gegen das Empfehlungsverbot verstoßen könnten.

Lediglich PICKEL ¹⁾ glaubt sich über diesen Widerspruch hinwegsetzen zu können und möchte auch das Empfehlungsverbot des § 38 Abs.2 Satz 2 GWB angewandt wissen. Dieser Widerspruch ist aber dadurch erklärlich, daß seine Begründung "der Abschluß eines Preisinformationsaustausches setze notwendig ein gentleman agreement über ein gleichförmiges abgestimmtes Verhalten voraus" gleichermaßen Wettbewerber auf einem oligopolistischen, wie solche auf einem polypolistischen treffen muß. Seine Einschränkung auf das Oligopol ist eine ebenso willkürliche Eingrenzung, wie die SCHMIDT's, der Marktstatistiken ausgeklammert wissen möchte, obwohl diese die von ihm als schädlich angesehene Markttransparenz mehr fördern als die Möglichkeit Einzelinformationen zu erhalten

Da aber nach diesseitiger Auffassung Informationsverträge, sowohl auf oligopolistischen, als auch auf polypolistischen Märkten durch eine Vielzahl von Abweichungsmeldungen gekennzeichnet sind, rückt das Empfehlungsverbot in den Vordergrund.

Im folgenden sollen zunächst die Tatbestandsmerkmale des Empfehlungsverbotes abgegrenzt, die Marktinformation zu den Schutzgütern in Beziehung gesetzt und schließlich geprüft werden, ob eine von der Vielzahl der möglichen Informationen gegen

1) 'Preismeldestellen und Kartellverbot', BB 1963, S. 707 ff.

das Empfehlungsverbot verstößt oder nicht.

Das Empfehlungsverbot stellt nach wie vor eine der umstrittensten Bestimmungen des GWB dar. Die Frage, ob sie geltendem Verfassungsrecht entspricht ¹⁾ ist zwar, soweit ersichtlich seit der Entscheidung des BGH ²⁾, der die Verfassungsmäßigkeit allerdings kaum sehr überzeugend angenommen hat, nicht mehr aufgeworfen worden. Die verfassungskonforme Auslegung ³⁾ dürfte jedoch nach wie vor auf Schwierigkeiten stoßen.

Das Verbot des § 38 Abs.2, Satz 2 GWB setzt drei Tatbestandsmerkmale voraus, nämlich

- a) eine Empfehlung, die
- b) in diesem Gesetz ausgesprochenen Verbote zu umgehen und zwar
- c) durch gleichförmiges Verhalten.

Die Empfehlung stellt also das Mittel dar. Durch dieses Tatbestandsmerkmal wird klargestellt, durch welches Mittel der Erfolg -die Umgehung der in diesem Gesetz ausgesprochenen Verbote- bewirkt werden muß, um vom Unwerturteil des Gesetzes getroffen zu werden. Das Erfolgstatbestandsmerkmal 'Umgehung' wird dann wieder dadurch eingeschränkt, daß nur eine solche Umgehung vom Gesetz getroffen wird, die durch gleichförmiges Verhalten erfolgt.

Eine Empfehlung, die nicht schon unter § 38 Abs.2, Satz 1 (Anstiftungstatbestand) fällt, ist also

1) vgl. hierzu im einzelnen HOTH 'Inhalt, Sinn u. Zweck des § 38 Abs.2, Satz 2 GWB' in WRP 1958, S. 289 ff.; ders. 'Ist § 38 Abs.2, S.2 GWB verfassungswidrig?' in WRP 1959, S.198 ff.

2) WUWE / BGH 372

3) vgl. EHLE 'Empfehlungsverbot u.Meinungsfreiheit' in WRP 1964, S. 6 ff.

als solche erlaubt. Lediglich in Verbindung mit den beiden anderen Tatbestandsmerkmalen wird die Empfehlung zu etwas Verbotenem.

Das Gesetz kennt ferner keinen allgemeinen Umgehungstatbestand ¹⁾. Die Umgehung wird daher nur dann zu etwas Verbotenem, wenn sie in Verbindung mit den beiden anderen Tatbestandsmerkmalen auftritt.

Das gleiche gilt für das letzte Tatbestandsmerkmal, das gleichförmige Verhalten. Grundsätzlich ist auch gleichförmiges Verhalten nach dem GWB erlaubt, zumal es ebenso gut auf heftigen Wettbewerb, wie auf andere Gegebenheiten zurückgeführt werden kann.

Allen drei Tatbestandsmerkmalen ist also gemeinsam, daß sie jeder für sich erlaubt sind ²⁾. Erst die Kombination führt zum Verbot ³⁾.

Da dem Begriff der Empfehlung lediglich die Intensität des Eingriffs, nicht aber ihr Inhalt zu entnehmen ist, da ferner der Umgehungstatbestand durch das Tatbestandsmerkmal 'gleichförmiges Verhalten' verwirklicht werden muß, soll zunächst das gleichförmige Verhalten untersucht werden. Hierdurch wird auch der Gefahr entgangen, gleichförmiges Verhalten schon als Umgehung zu werten. Anschließend wird untersucht werden, wann gleichförmiges Verhalten als Umgehung des Gesetzes zu werten ist, um schließlich, hiervon ausgehend,

1) vgl. MARKERT, 'Kartellrechtliche Beurteilung von Preismeldeverträgen' in DB 1963, S.1 459, ebenso FIKENTSCHER 'Die vertikale Preisempfehlung', S. 51/52

2) vgl. FIKENTSCHER, a.a.O., S. 59

3) vgl. FIKENTSCHER, a.a.O., S. 59/60

die verbotene Zielrichtung der Empfehlung und die erforderliche Intensität zur Anwendung des Empfehlungsverbotens zu prüfen.

1. Gleichförmiges Verhalten

Aus dem Tatbestandsmerkmal des gleichförmigen Verhaltens ergibt sich, daß eine Preismitteilung eines Marktinformationsverfahrens immer dann ohne Rechtsfolgen bleiben muß, wenn sie nicht zu einem gleichförmigen Verhalten der Beteiligten führt.

Mit gleichförmigen Verhalten kann zunächst nicht das Verhalten einer Person gemeint sein, sondern nur das mehrerer Personen, und zwar der Empfehlungsempfänger, die aufgrund der Empfehlung handeln.

GIEFERS ¹⁾ wirft nun folgende Fragen auf:

" Tun sie es erst, wenn von vielen, an die die Empfehlung gerichtet war, alle oder fast alle sie befolgen, oder bereits dann, wenn wenige oder gar nur zwei Adressaten ihr Folge leisten ? Wie ist es, wenn die Empfehlung nur an wenige oder nur an zwei gerichtet war ? Muß die Empfehlung genau befolgt werden, damit man von Gleichförmigkeit sprechen kann, oder genügt es, wenn sie ihrem wesentlichen Inhalt nach, wenn auch mit kleinen Abweichungen befolgt wird ? Kommt es darauf an, ob mehrere gleichzeitig der Empfehlung entsprechen ? "

Die Antworten auf diese Fragen sind sehr unterschiedlich. Die strengsten Anforderungen stellt MARCETUS ²⁾, der Lückenlosigkeit der Befolgung

1) 'Vertikale Preisempfehlungen', S. 67

2) 'Die Zulässigkeit der Ankündigung von Verbraucherpreisen' in WRP 1958, S. 228 ff.

durch die Empfänger voraussetzt. Andererseits sind GIEFERS ¹⁾ und FIKENTSCHER ²⁾ für die vertikale Empfehlung der Auffassung, daß es ausreiche, wenn zwei Empfehlungsempfänger der Empfehlung folgen, und zwar gleichgültig, an wieviele Empfänger die Empfehlung gerichtet war. Dazwischen liegt die Auffassung des Landgerichtes in Köln ³⁾.

"Notwendig ist nur, daß der einzelne Empfänger der Empfehlung diese befolgt, daß diese Wirkung -von unerheblichen Ausnahmen abgesehen- bei den einzelnen Empfängern übereinstimmt und daß wegen dieser Übereinstimmung ein Zustand der Gleichförmigkeit eintritt".

LIEBERKNECHT ⁴⁾ ist der Ansicht, der Begriff des gleichförmigen Verhaltens setze eine größere Anzahl von Unternehmern voraus, es reiche nicht aus, wenn einzelne Unternehmen der Empfehlung folgen.

Bezüglich der Frage, inwieweit der Inhalt der Empfehlung befolgt werden müsse, stellt GIEFERS ⁵⁾ für die vertikale Empfehlung fest, daß es ausreiche, wenn die Empfehlung ihrem wesentlichen Inhalt nach befolgt werde. Was diesen wesentlichen Inhalt ausmache, müsse von Fall zu Fall ermittelt werden.

Der BGH ⁶⁾ geht unter der Überschrift "gleichförmiges Verhalten" davon aus, daß das Verbot

1) a.a.O., Seite 70

2) 'Die vertikale Preisempfehlung', Seite 65 ff. u. 74

3) BB 1958, S. 461/462

4) 'Darf ein Zusammenschluß von Verbänden Geschäftsbedingungen empfehlen?' in MA 1958, S. 244

5) a.a.O., Seite 70

6) in WUWE/BGH 369 ff., 371

der §§ 1, 38 Abs.1, Nr.1 GWB schon dann übertreten werde, wenn auch nur einer der Beteiligten sich über die Unwirksamkeit des Vertrages oder Beschlusses hinwegsetzt. Da die Voraussetzungen des § 38 Abs.2 Satz 2 GWB jedoch nur durch eine Verbotsumgehung durch gleichförmiges Verhalten erfüllt werden, müßten wenigstens zwei Teilnehmer die Empfehlung befolgen. Der Umgehungstatbestand könne jedoch nicht weitergehen als das Verbot selbst. Dieses setze aber die Eignung des Beschlusses oder Vertrages voraus, den Markt durch Wettbewerbsbeschränkung zu beeinflussen. Auch die Empfehlung müsse daher zu wettbewerbsbeschränkender Beeinflussung geeignet sein. Hieraus entnimmt der BGH, daß das darüber hinaus erforderliche gleichförmige Verhalten tatsächlich eine solche Marktbeeinflussung bewirken muß.

Der BGH ¹⁾ führt dann für den entschiedenen Einzelfall weiter aus:

" Zutreffend geht das OLG davon aus, daß § 38 Abs.2 Satz 2 GWB für die Empfehlung voraussetzt, daß sie geeignet ist, durch Beschränkung des Wettbewerbs die Marktverhältnisse zu beeinflussen und für das gleichförmige Verhalten, daß es die Marktverhältnisse tatsächlich beeinflusst.

Eine 'wesentliche Beeinflussung der Marktverhältnisse' verlangt das Gesetz nicht. Wenn das OLG hier für erforderlich hält, daß die Empfehlung der Betroffenen von 'einem immerhin wesentlichen Teil der Mitglieder' befolgt werde, so betrifft das nicht die Frage der 'wesentlichen Marktbeeinflussung', sondern die davon verschiedene Frage, ob das empfehlungsbestimmte gleichförmige Verhalten der Vereinsangehörigen in dem Einzelfall überhaupt den Markt durch Beschränkung des Wettbewerbs beeinflusst hat."

Die Feststellung des OLG-Beschlusses, daß "der Kohlenverbraucher ohne Schwierigkeiten seinen Bedarf bei solchen Händlern decken konnte, die der Empfehlung keine Folge leisteten", wird vom BGH ¹⁾ ausdrücklich als rechtsfehlerfreies Kriterium des Begriffs 'Marktbeeinflussung durch gleichförmiges Verhalten' gebilligt.

Diese Auslegung, der der Verfasser sich anschließt, ist, soweit ersichtlich, noch nicht angegriffen worden, hat vielmehr nur Zustimmung gefunden ²⁾ Sie scheint mir auch überzeugend zu sein, zumal nur sie die erforderliche Elastizität besitzt, um die für den einzelnen Markt richtige und vernünftige Entscheidung zu fällen. Läßt man auch bei einer Vielzahl von Wettbewerbern schon gleichförmiges Verhalten von nur zwei Wettbewerbern ausreichen, so hieße das, daß das Begriffsmerkmal 'gleichförmiges Verhalten' seine einschränkende Bedeutung praktisch verlöre, sobald eine nicht unbeträchtliche Zahl von Wettbewerbern mit der Empfehlung angesprochen wird. Dies wäre um so bedenklicher, weil verhältnismäßig geringfügige Übereinstimmungen mit der Empfehlung unter Umständen nicht durch die Empfehlung ausgelöst worden sind.

Die Auffassung des BGH wird insbesondere auch den Autoren gerecht, die den Schutz des Abnehmers in den Vordergrund stellen. Eine unbedeutende Übereinstimmung von Empfängern mit geringem Marktanteil beeinträchtigt die Belange der Abnehmer nicht. Insoweit bedürfen sie also auch keines

1) in WUWE/BGH 373

2) vgl. insbesondere BENISCH, Anm. zu diesem Beschluß, a.a.O., WUWE/BGH 374/375

Schutzes durch das Gesetz, da sie sich selber durch Ausweichen auf andere Lieferanten zu schützen vermögen.

Die Abgrenzung in der Praxis wird schwierig sein. Unter dem oben gezeigten Gesichtspunkt kann schon dann unter Umständen kein gleichförmiges Verhalten vorliegen, wenn nur ein Wettbewerber der Empfehlung nicht folgt. Vorausgesetzt ist allerdings, daß dieser Wettbewerber die Wünsche aller Abnehmer befriedigen kann, die dem gleichförmigen Verhalten der anderen Wettbewerber ausweichen wollen. Ein Ausweichen auf diesen oder diese Wettbewerber kann zur Folge haben, daß deren Lieferfristen verlängert werden. Welche Fristverlängerungen hierbei in Kauf genommen werden können, oder müssen, dürfte ebenfalls von der Struktur des Marktes abhängen und von den Möglichkeiten der Abnehmer, sich ohne Schwierigkeiten für die eigene Produktion auf diese Lage einzustellen. Maßgebend ist also die Abnehmerelastizität.

Mit der Formel des BGH löst sich auch die Streitfrage, in welchem Umfange der einzelne Empfehlungsempfänger der Empfehlung folgen muß, um gleichförmiges Verhalten anzunehmen. Es wird sicher nicht ausreichen, wenn der einzelne Empfehlungsempfänger bei einer unverhältnismäßig geringen Anzahl seiner Abnehmer den empfohlenen Preis zugrundelegt. Andererseits wird auch hier nicht angenommen werden können, daß Lückenlosigkeit bezüglich aller Abnehmer vorliegen muß. Auszugehen ist meines Erachtens von dem Wortlaut der Empfehlung. Richtet sie sich gegen einen einzelnen Abnehmer oder eine einzelne Abnehmergruppe, so ist sicherlich eine unzulässige Empfehlung gegeben, wenn dieser Abnehmer oder diese Abnehmergruppe nunmehr keine

Möglichkeit hat, zu anderen Bedingungen zu beziehen. Sofern nicht völlige Gleichförmigkeit des Lieferantenverhaltens gegeben ist, dürfte dieser Fall jedoch selten sein, da derartige Einzelabnehmer oder kleine Abnehmergruppen ihren Bedarf bei einem der Empfehlung nicht folgenden Wettbewerber decken können.

Richtet sich die Empfehlung auf die Behandlung sämtlicher Abnehmer und offeriert der einzelne Empfehlungsempfänger den empfohlenen Preis nur einem Teil seiner Abnehmer, so wird auch hier entscheidend sein, ob dieser Teil der Abnehmer seinen Bedarf bei anderen nicht der Empfehlung folgenden Wettbewerbern zu decken vermag.

Die Frage der Gleichförmigkeit ist also nicht abstrakt zu entscheiden, d.h. es ist ausgeschlossen, unabhängig vom Einzelfall irgendwelche zahlenmäßigen Verhältnisse festzulegen. In einem Markt mit Unterkapazität der Lieferanten wird die Möglichkeit des Ausweichens geringer sein als auf einem Markt, der Überkapazität aufzuweisen hat, in dem unter Umständen schon ein Wettbewerber einen erheblichen Mehrbedarf befriedigen kann, der dadurch bei ihm anfällt, daß er der Empfehlung nicht folgt. Die Entscheidung der Frage ob gleichförmiges Verhalten vorliegt, ist letztlich von der Angebots- und Nachfrageelastizität abhängig.

Das weitere Problem ¹⁾, ob die Wettbewerber davon Kenntnis haben müssen, daß die Empfehlung auch an andere gerichtet ist, tritt bei der Prüfung der Zulässigkeit von Informationsaustausch-

1) vgl. GIEFERS, a.a.O., S. 69 ff.

verträgen nicht auf, da sämtliche Teilnehmer wissen, daß alle Mitteilungen an sämtliche am Vertrag beteiligten Wettbewerber gegeben werden.

Oben wurde festgestellt, daß jedenfalls detaillierte Marktinformationen im Regelfall zu annähernd gleichförmigen Preisen und Konditionen führen können (aber nicht müssen). Diese Gleichförmigkeit kann auch zweifellos zu einer solchen Uniformität von Wettbewerbsangeboten führen, daß den Abnehmern tatsächlich keine Alternativen bleiben, daß die Angebote sich vielmehr völlig gleichen. Liegt dies jedoch, wie es häufig ist, nicht vor, kann die Marktinformation niemals in den Gefahrenbereich der unzulässigen Empfehlung kommen, da es schon am Tatbestandsmerkmal des gleichförmigen Verhaltens fehlt.

2. Die Umgehung

Der Begriff der Umgehung ist in der deutschen Rechtsdogmatik nicht neu.

Im Zivilrecht spielt er namentlich bei der Anwendung von § 134 BGB eine Rolle. Nach § 134 BGB sind Rechtsgeschäfte, die gegen ein gesetzliches Verbot verstoßen, nichtig, wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt. Die Rechtslehre und Rechtsprechung haben sich auch mit der Frage auseinandersetzen müssen, ob Nichtigkeit eintritt, wenn nicht ein direkter Verstoß, sondern eine Umgehung des Gesetzes in Frage steht. Entscheidend für die Frage der Nichtigkeit oder Gültigkeit des Geschäftes ist die Zweck-

bestimmung des konkreten Gesetzes, das umgangen werden soll ¹⁾. Ist ein im Einzelfall in Frage kommendes Gesetz ein Verbotsgesetz, daß der erweiterten Auslegung auf verwandte Tatbestände fähig ist, so ist das Umgehungsgeschäft im Zweifel nichtig ²⁾. Ein Umgehungsgeschäft ist ein Rechtsgeschäft, durch das die Parteien den verbotenen Zweck zu erreichen versuchen, ohne formell den gesetzlichen Verbotstatbestand zu erfüllen bzw. mit dem sie den im Gesetz vorgesehenen Belastungen auszuweichen versuchen, obwohl sie diejenigen Zwecke erreichen, an welche das Gesetz an sich die Belastung knüpfen wollte ³⁾.

Eine Umgehungsabsicht wird nicht unbedingt für nötig erachtet.

Zu beachten ist jedoch, daß es sich beim Empfehlungsverbot des § 38 Abs.2, Satz 2 GWB um reines Verbotsrecht mit erheblichen Sanktionen handelt. Alle Lösungen müssen also grundlegenden strafrechtlichen Erkenntnissen entsprechen. Dem steht nicht entgegen, daß der verbotene Tatbestand keine Straftat, sondern nur eine Ordnungswidrigkeit darstellt. Straftat und Ordnungswidrigkeit unterscheiden sich nämlich nur durch den notwendigen sittlichen Gehalt, der zu einer Rechtswidrigkeitserklärung erforderlich ist. Grundsätzlich verschieden ist der Charakter der Rechtsfolge und der Grund des Verbotes, nicht aber das Verbot selbst ⁴⁾.

1) vgl. STAUDINGER, § 134, Bem. 3

2) vgl. STAUDINGER, § 117, Bem. 21

3) STAUDINGER, § 117, Bem. 21

4) vgl. BARTHOLOMEYCZIK im Gemeinschaftskommentar, 2. Aufl., § 22, Anm. 109

Strafrechtsähnliche Grundsätze finden sich jedoch im Bereich der Eingriffsverwaltung. Hier sind namentlich § 5 GÜKG und § 6 Steueranpassungsgesetz zu nennen. Nach den dort entwickelten Rechtsregeln ist die Erzielung eines nicht, oder nicht in dieser Art und Form erlaubten Erfolges durch Benutzung eines ungewöhnlichen Weges und in der Absicht, gesetzliche Pflichten oder Verbote zu umgehen, rechtstechnisch als unwirksame Umgehung anzusehen. Der beschrittene Weg ist ungewöhnlich, wenn ihn keine anderen Gründe rechtfertigen als die Absicht der Umgehung der Vorschriften ¹⁾.

Legt man diese Begriffsbestimmung zu Grunde, so ist keine Mitteilung im Rahmen und in Erfüllung eines Informationsaustauschvertrages ersichtlich, die als Umgehung angesprochen werden könnte. Der Zweck der Durchführung eines Informationsaustauschvertrages ist es, wie oben gezeigt wurde, in erster Linie die weitgehenden Informationsbedürfnisse der Unternehmer zu befriedigen. Damit ist ausgeschlossen, daß eine Information lediglich der Absicht der Umgehung des GWB dient.

Immerhin sei nicht verkannt, daß das Steuerrecht und das Güterkraftverkehrsgesetz anderen Interessenlagen gerecht werden müssen, als das GWB. Es mag also fraglich sein, ob die dort entwickelte Auslegung des Begriffes "Umgehung" ohne

1) MÜLLER-HENNEBERG im Gemeinschaftskommentar 1. Aufl., § 38 Anm. 29; Urteil des BFH in NJW 1958, S. 967, 968; BGH in NJW 1960, S. 1057 ff.; HÜBSCHMANN-HEPP-SPITALER, Kommentar zur Reichsabgabenordnung; § 6 Anm. 3 u. 4, vgl. auch Anm. 6; HEIN-EICHHOFF-PUKALL-KRIEN, Güterkraftverkehrsgesetz, Loseblattkommentar, § 5, Anm. 1

weiteres auf das GWB angewandt werden kann.

Es ist also weiter zu prüfen, ob die besondere Interessenlage des GWB eine andere Auslegung des Umgehungsbegriffes rechtfertigt und ob einzelne Bestimmungen des GWB durch Informationen im Rahmen eines Austauschvertrages umgangen werden.

Als umganges Verbot kommt im Falle gleichförmigen Verhaltens, hervorgerufen durch eine Preismitteilung, aus dem Kreis der Wettbewerber an die Wettbewerber, § 1 in Verbindung mit § 38 Abs.1 Nr. 1 GWB in Betracht. Diese Vorschriften untersagen es, sich darüber hinweg zu setzen, daß der Beschluß einer Vereinigung von Unternehmen unwirksam ist, soweit er die Marktverhältnisse für den Verkehr mit Waren durch Beschränkung des Wettbewerbs zu beeinflussen geeignet ist. Das Verbot richtet sich demnach dagegen, daß ein solcher Verbandsbeschluß von den Verbandsmitgliedern als gültig angesehen und behandelt wird, ungeachtet dessen, daß ihm das Gesetz die Wirksamkeit abspricht. Nach Auffassung des BGH wird dieses Verbot umgangen, "wenn sich Verbandsmitglieder aufgrund einer Empfehlung im Markt gleichförmig ebenso verhalten, als wären sie dazu durch einen Verbandsbeschluß verpflichtet worden, der -als geeignet die Marktverhältnisse durch Beschränkung des Wettbewerbs zu beeinflussen- unwirksam ist" ¹⁾.

Die Umgehung zielt darauf ab, den verbotenen Erfolg mit erlaubten Mitteln zu erreichen. Der Umgehungsbegriff ist deshalb nur dann bestimmbar,

1) BGH in WuWE/BGH 371

wenn der verbotene Erfolg klar liegt. Der verbotene Erfolg beurteilt sich nach dem Schutzgut und nach den geschützten Personen ¹⁾, soweit dies Ausdruck im Gesetz gefunden hat. Es gilt also zunächst zu ermitteln, wen und/oder was das Gesetz schützen will, um dann zu fragen, wieweit dieser Schutz reichen soll.

a) Die Schutzgüter des GWB

aa) Institutionsschutz

RASCH ²⁾, WÜRDINGER ³⁾, BALLERSTEDT ⁴⁾ und STRICKRODT ⁵⁾ sehen Ausgangspunkt und Rechtfertigung des GWB nur in einer wirtschaftspolitischen Zweckmäßigkeitsentscheidung, nämlich der Überzeugung, daß die leistungsfähigste und daher zweckmäßigste Wirtschaftsform eine durch Angebot und Nachfrage über den Preis gesteuerte Marktwirtschaft ist. Der Schutz der Handlungs- und Entscheidungsfreiheit bleibt allerdings auch bei diesen Autoren nicht ohne Beachtung. BENISCH ⁶⁾ bringt dies am klarsten zum Ausdruck, in dem er feststellt, daß die Zielsetzung des GWB nach Wortlaut, Sinnzusammenhang und Materialien wirtschaftlicher Natur ist. Demgemäß sei

-
- 1) FIKENTSCHER, 'Vertikale Preisempfehlung', S. 68. FIKENTSCHER spricht von verbotenem "Zweck"; damit dürfte jedoch der verbotene Erfolg gemeint sein.
 - 2) 'Wettbewerbsbeschränkungen, Kartell- und Monopolrecht', Kommentar, § 1, Anm. 2
 - 3) 'Freiheit der persönlichen Entfaltung, Kartell- und Wettbewerbsrecht' in WuW 1953, S. 721; derselbe 'Exportkartell und EWG' in WuW 1960, S. 313
 - 4) 'Kartellverbot und Einzelvertrag', JZ 1956, S. 267 ff.
 - 5) 'Liefer- und Leistungsverträge unter der Würdigung des Kartellrechts' in WuW 1957, S. 75, 81, 89 ff.
 - 6) 'Kartellrecht und Schutz der individuellen Freiheit' in WuW 1961, S. 764 ff.

die Sicherung der wirtschaftlichen Handlungs- und Entscheidungsfreiheit der Wettbewerber vor Selbstbeschränkungen nicht Schutzgegenstand des Gesetzes, sondern das Mittel, den Wettbewerb als Institution zum Nutzen der Gesamtwirtschaft wirksam werden zu lassen. Die Begünstigung von Abnehmern, Verbrauchern oder Lieferanten sei lediglich Reflexwirkung dieses Institutionsschutzes.

bb) Individualschutz

Eine andere Gruppe von Autoren stellt auf den Schutz der Handlungsfreiheit der Marktteilnehmer ab, und zwar entweder

auf den Schutz der Freiheit der Wettbewerber ¹⁾

oder

auf den Schutz der Freiheit aller Marktteilnehmer ²⁾.

-
- 1) MÜLLER-GRIES, Kommentar zum Kartellgesetz, § 38, Anm. 26; BAUMBACH-HEFERMEHL, § 38, Anm. 22; speziell für Informationsaustauschverträge: KRAHE 'Empfehlungsverbot u. Markttransparenz' WuW 1960, S. 483
 - 2) PIKENTSCHER 'Wettbewerb u. Gewerblicher Rechtsschutz', S. 227, 230; LUKES 'der Kartellvertrag', S. 28 ff., 184 ff., 299, 302; BIEDENKOPF 'Vertragliche Wettbewerbsbeschränkung und Wirtschaftsverfassung', S. 11 ff.; KÖNIGS 'Wechselwirkungen zwischen dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und Recht des unlauteren Wettbewerbs' in NJW 1961, S. 1041, meint zwar, daß BIEDENKOPF auch den Institutionsschutz einschließe, diese Auffassung ist jedoch ein Irrtum. BIEDENKOPF versucht vielmehr darzulegen, daß sogar der Freiburger Schule in erster Linie am Freiheitsschutz gelegen sei (a.a.O., S. 26/27).

Die Handlungsfreiheit der Abnehmer soll dadurch geschützt werden, daß ihnen die Möglichkeit zwischen autonomen Angeboten miteinander in Wettbewerb stehender Anbieter bzw. Nachfrager zu wählen, erhalten bleibt. Diese Handlungs- und Wahlfreiheit wird ihnen nach dieser Auffassung durch wettbewerbsbeschränkende Absprachen oder die Marktmacht einzelner Unternehmer genommen.

cc) Institutions- und Individualschutz

Diese dritte Gruppe stellt neben den Schutz des Wettbewerbs als Institution den Schutz der Handlungsfreiheit der Anbieter und Abnehmer, dadurch, daß Machtzusammenballungen auf einer Seite vermieden werden. Ihre Vertreter sind GÜNTHER ¹⁾, FLUME ²⁾, BRUGGER ³⁾ und KÖNIGS ⁴⁾.

b) Das Verhältnis des Informationsaustausches zu den genannten Schutzgütern

Es kann nicht Sinn dieser Untersuchung sein, diesen Meinungsstreit zu entscheiden, sofern es nicht für die Frage der Zulässigkeit von Informationen im Rahmen eines Informationsaustauschvertrages

-
- 1) zuletzt: 'Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen im Rahmen der deutschen Wirtschaftspolitik' in WuW 1960, S. 747 ff.
 - 2) Verbotene Preisabsprache u. Einzelvertrag, WuW 56, S. 457, 467
 - 3) Zur Auslegung des § 1 GWB, WuW 1959, S. 467
 - 4) zuletzt: 'Wechselwirkungen zwischen dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und dem Recht des unlauteren Wettbewerbs' in NJW 1961, S. 1041/1042; "Bei der Entscheidung über die Wirksamkeit oder Unwirksamkeit von Wettbewerbsbeschränkungen stehen also nicht volkswirtschaftliche, sondern rechtliche Erwägungen, nämlich der Schutz der wirtschaftlichen Freiheit im Vordergrund" (a.a.O., S. 33).

erforderlich ist. An dieser Stelle soll lediglich die Marktinformation in ihrer idealen Form, also Wiedergabe und Zusammenfassung von Markttatsachen ohne Wartezeiten, ohne Kommentar und Schlußfolgerungen zu den aufgezeigten Schutzgütern in Beziehung gesetzt werden.

aa) Das Verhältnis zum Wettbewerb

Oben wurde bereits gesagt, daß der volkswirtschaftliche Begriff des Wettbewerbs vieldeutig und wohl kaum einer endgültigen Klärung zugänglich ist ¹⁾. Es gilt also, diesen weitläufigen und schillernden volkswirtschaftlichen Begriff auf einen juristisch praktikablen Begriff zu reduzieren, der den Anforderungen an die Bestimmtheit gerecht wird, die für ein Gesetz erforderlich ist, daß in die Rechtssphäre der Unterworfenen einwirkt und gewisse Verhaltensweisen unter Buße stellt. STRICKRODT zieht mit Recht aus der Tatsache, daß die schwerwiegenden Verbote des § 1 durch § 38 Abs.1, Satz 1 GWB mit Buße bedroht werden, den Schluß:

Was der Gesetzgeber des GWB mit diesem Begriff an wirtschaftlichen Absichten verfolgt und an entsprechenden Maßnahmen inauguriert hat, ist für den im Gesetzes-

-
- 1) vgl. KNÖPFLE, 'Zum Wettbewerb im Sinne des § 1 GWB' in WuW 1962, S.159. Siehe auch KÖHLER, 'Welche Stellung hat der Wettbewerb in unserer Rechtsordnung?' in NJW 1964, S. 571: "Es macht sich dabei bemerkbar, daß die Volkswirtschaft als Wissenschaft keinen eindeutigen Bezugspunkt besitzt, so daß jeder Volkswirt seine Ziellinie aus dem autonomen Entscheid der eigenen Persönlichkeit ableiten muß.
 - 2) vgl. hierzu im einzelnen STRICKRODT, "Die Problematik der Anknüpfung von Bußgeldfolgen an den Tatbestand des § 1 GWB" in WuW 1960, S. 825 ff.

bereich der §§1 und 38 Abs.1, Satz 1 GWB maßgeblichen Wettbewerbsbegriff ohne Bedeutung. Dieser, im exakten Sinne zu verstehende Rechtsbegriff des Wettbewerbs, muß seine Tatbestandsmerkmale in formaler Weise bezeichnen 1).

Hierzu sind die Wettbewerbsbegriffe der neo-liberalen Schule nicht geeignet.

BÖHM gewann seinen Wettbewerbsbegriff aus der klassischen Nationalökonomie und definierte ihn demgemäß als die Einflußlosigkeit der Wettbewerber auf das Marktgeschehen 2). Vollkommener Wettbewerb liegt nach BÖHM dann vor, wenn die Wettbewerber sich im Zustand gegenseitiger Machtlosigkeit befinden. Er will die Machtlosigkeit der Wettbewerber als Kennzeichen des vollkommenen Wettbewerbs und die Entmachtung der Monopolisten zur Herstellung des vollkommenen Wettbewerbs als rechtspolitisches Ziel des Kartellrechts verstanden wissen.

Ähnlich nimmt EUCKEN 3) Konkurrenz dann an, wenn der einzelne Unternehmer nach seiner subjektiven Vorstellung den Preis als gegeben vom Markt übernimmt und selbst nicht damit rechnet, den Markt beeinflussen zu können.

Diesen Wettbewerbsbegriff der neo-liberalen Schule hält FIKENTSCHER 4) mit Recht für unpraktikabel und für das juristische Verständnis des Gesetzes unbrauchbar. FIKENTSCHER kommt demgegen-

1) STRICKRODT, a.a.O., WuW 1960, S. 839

2) BÖHM, 'Wettbewerb und Monopolkampf', S.12 ff.

3) 'Grundlagen der Nationalökonomie', S. 95/86, vgl. auch S. 102

4) 'Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz', S. 36 ff.

über zu dem Ergebnis, daß man eigentlich nur in der Marktform von Wettbewerb sprechen könne, die die volkswirtschaftliche Theorie als "monopolistische Konkurrenz unter wenigen" bezeichnet ¹⁾. Diese Marktform ist gerade diejenige, in der jeder Marktteilnehmer durch sein Verhalten das Verhalten des anderen beeinflußt. Damit hat er einen, wenn auch begrenzten, Markteinfluß. FIKENTSCHER weist ferner mit Recht darauf hin, daß nur dieser Wettbewerbsbegriff dem täglichen Sprachgebrauch gerecht wird ²⁾. Wer von Wettbewerb spricht, denkt zwangsläufig an Wettbewerb mit jemand oder zwischen mehreren. Er setzt ein Messen und Vergleichen voraus. Der Begriff beinhaltet den Ansporn des einen durch die Leistung des anderen. Wettbewerber sind nicht einsame Walddläufer an verschiedenen Orten. Wettbewerber sind vielmehr nur diejenigen, die gleichen Regeln unterliegen, ihre Leistungen aneinander messen, was voraussetzt, daß sie die Leistung des anderen fortlaufend kontrollieren und erkennen können und was zur Folge hat, daß die Leistung des einen, die des anderen steigert.

Die gegenseitige Beeinflussung, wenigstens aber die Möglichkeit hierzu, gehört also begriffsnotwendig zum Wettbewerb. Auch die Auslegung des Gesetzes muß zunächst von dieser Bedeutung des Sprachgebrauchs ausgehen ³⁾. Hieraus ergibt sich ferner die besondere Bedeutung der Kenntnis des Leistungsstandes des anderen und bei annähernd gleicher Leistungstärke die fast zwangsläufig

1) a.a.O., S. 40

2) a.a.O., S. 36

3) FIKENTSCHER, 'Neuere Entwicklungen der Theorie zum Tatbestandsmerkmal der Wettbewerbsbeschränkung, §1 GWB' in WuW 1961, S. 790

gleiche Leistung. Die insbesondere vom Bundeskartellamt immer wieder überschätzte Gleichförmigkeit als Indiz für eine Wettbewerbsbeschränkung ¹⁾ beruht also weitgehend auf der Verken-
nung der egalisierenden Wirkung der Möglichkeit, den Leistungsstand des anderen erkennen zu können. Diese Erkenntnismöglichkeit im Interesse einer problematischen Ungleichförmigkeit zu verschließen, hieße, auf das Gebiet des Sports übertragen, Wettkämpfer getrennt starten zu lassen, um ihnen die Vergleichsmöglichkeiten zu nehmen. Die Folge wird sicher sein, daß die Leistungen unterschiedlicher werden. Mindestens auf sportlichem Gebiet ist jedoch anerkannt, daß damit auch ein Leistungsabfall verbunden ist. Im wirtschaftlichen Wettbewerb besteht mindestens eine dahingehende Vermutung.

Von ähnlichen Überlegungen ausgehend kommt FIKENTSCHER ²⁾ zu dem Ergebnis, daß der wirksamste Wettbewerb im heterogenen Oligopol der klassischen Wirtschaftstheorie herrsche. Das klassische Oligopol sei daher keine Form der Wettbewerbsbeschränkung, sondern Wettbewerbsvoraussetzung ³⁾. Hieraus ergibt sich, daß die von HEATH ⁴⁾ festgestellte "Oligopolisierung" des Marktes durch Informationen -sofern keine Wettbewerbsbeschränkung hinzutritt- nichts anderes, als eine Förderung des Wettbewerbs bedeutet.

1) vgl. die Stellungnahme vom 5. und 6. Juni 1957, abgedruckt in WuW 1957, S. 566/567

2) 'Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz', S. 37

3) a.a.O., S. 40

4) 'Some economic consequences', a.a.O., S. 477

Auf der Grundlage dieser Überlegungen hat FIKENTSCHER den Wettbewerb in seiner alten Definition gekennzeichnet als "das selbständige Streben sich objektiv gegenseitig im Wirtschaftserfolg beeinflussender Anbieter oder Nachfrager nach Geschäftsverbindungen mit Dritten, durch in Aussichtstellen möglichst günstiger Geschäftsbedingungen" ¹⁾. Aufgrund der Kritik BENISCH's ²⁾ und KUMMERS ³⁾ hat er zwar die Inaussichtstellung möglichst günstiger Geschäftsbedingungen durch die Formulierung "in Aussicht stellen günstiger erscheinender Geschäftsbedingungen" ⁴⁾ ersetzt. Das Erfordernis der Beeinflussung zwischen den Wettbewerbern hat er jedoch ausdrücklich aufrecht erhalten.

Gehört aber die Beeinflussung zum Wesen des Wettbewerbs, so ergibt sich zwangsläufig, daß hierzu die Kenntnis des Marktverhaltens des anderen gehört, jedenfalls aber, daß diese Kenntnis die Beeinflussung und damit den Wettbewerb fördert. Fehlt die Kenntnis des Marktverhaltens des anderen, so ist zwar auch noch eine gewisse Beeinflussung gegeben, da die Änderung des Marktverhaltens den Wettbewerbern in groben Zügen irgendwie zur Kenntnis kommen wird. Bei Gütern, die nicht nur austauschbar sind, sondern auch von den Abnehmern als gleichwertig angesehen werden, wird beispielsweise eine Preisherabsetzung

-
- 1) FIKENTSCHER, 'Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz', S. 39
 - 2) 'Beschränkungen des Nachfragewettbewerbs' in WuW 1960, S. 842 ff.
 - 3) 'Anwendungsbereich u. Schutzzeit der privatrechtlichen Rechtssätze gegen unlauteren u. wettbewerbsbeschränkenden Wettbewerb', S. 148
 - 4) 'Neuere Entwicklungen der Theorie zum Tatbestandsmerkmal der Wettbewerbsbeschränkung' in WuW 1961, S. 788 ff.

durch einen Wettbewerber, sich im Umsatz der anderen Wettbewerber auswirken. Diese werden dies aber erst nach einer unverhältnismäßig langen Zeit erkennen können, so daß die Beeinflussung zwar nicht fortfällt, aber doch zähflüssiger wird; ihr wohnt also ein gewisses Trägheitsmoment inne. Dieses Trägheitsmoment wird durch die Information ausgeschaltet. Der Wettbewerb wird also, da die Beeinflussung exakter und schneller ist, gefördert.

Nun ist aber FIKENTSCHER weiterhin der Auffassung, daß die "Inaussichtstellung möglichst günstiger Geschäftsbedingungen" ¹⁾ oder doch "günstiger erscheinender Geschäftsbedingungen" ²⁾ zum Begriffsmerkmal des Wettbewerbs gehöre. Dieser Begriff wird bei einem detaillierten Informationsaustausch nicht immer gegeben sein, da er zu einer Gleichförmigkeit der Geschäftsbedingungen führen kann. Hierzu ist jedoch einmal zu bemerken, daß FIKENTSCHER das Merkmal des Inaussichtstellens günstiger erscheinender Geschäftsbedingungen, nicht für besonders wichtig hält ³⁾. An anderer Stelle ⁴⁾ hat FIKENTSCHER diesen Begriff noch weiter eingeschränkt mit dem Bemerkung, daß der Wettbewerb nicht immer, sondern nur regelmäßig durch dieses Begriffsmerkmal gekennzeichnet sei.

In der Tat hat die tatsächliche oder vermeintliche Gewährung günstigerer Geschäftsbedingungen

1) alte Definition

2) neue Definition

3) 'Neuere Entwicklung der Theorie zum Tatbestandsmerkmal der Wettbewerbsbeschränkung', § 1 GWB in WuW 1961, S. 798

4) 'Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz', S. 40

logisch nichts mit dem Wettbewerbsbegriff zu tun, sondern stellt lediglich ein mögliches Mittel Wettbewerb zu treiben, bzw. in Wettbewerb zu stehen, dar. Das Werben um den Kunden kann daneben in sorgfältiger Pflege der Geschäftsbeziehungen, psychologischer Beeinflussung, Überzeugung von der Qualität, sowie in einer Vielzahl von unlauteren Bemühungen gegeben sein. Oben wurde bereits festgestellt, daß Gleichförmigkeit der Geschäftsbedingungen vielfach Folge gerade des Wettbewerbs ist, zumal die Beeinflussung durch das eigene Marktverhalten immer nur in Richtung auf eben dieses eigene Marktverhalten erfolgen kann ¹⁾. Demgemäß kann auch nicht geschlossen werden, daß Wettbewerb dann fehle, wenn die tatsächlichen Alternativen der Kunden objektiv geringer geworden oder gar nicht mehr vorhanden sind, da dies auch notwendige Folge des Wettbewerbs sein kann. Eine notwendige Folge kann aber nicht gleichzeitig eine Beschränkung sein. Dies kommt auch eindeutig im Gesetz dadurch zum Ausdruck, daß weder gleichförmiges Verhalten, noch Oligopolisierung unter § 1 GWB fällt. Aus ähnlichen Erwägungen kommt BENISCH ²⁾ zu dem Ergebnis, daß der Zusatz "durch Inaussichtstellen möglichst günstiger Geschäftsbedingungen" gestrichen werden müsse. Auch die auf Grund dieser Kritik erfolgte Neuformulierung FIKENTSCHER's befriedigt nicht, es ist nämlich kaum davon auszugehen, daß alle Lieferanten versuchen, günstiger erscheinende Angebote zu machen, was auf eine Täuschung der Abnehmer hinausläufe ³⁾.

1) vgl. auch KNÖPFLE, 'Zum Wettbewerb im Sinne des § 1 GWB' in WuW 1962, S. 168

2) 'Beschränkungen des Nachfragewettbewerbs' in WuW 1960, S. 843

3) KNÖPFLE, 'Zum Wettbewerb im Sinne des § 1 GWB' in WuW 1962, S. 163/164

Als Wettbewerbsbeschränkung kann es also nur angesehen werden, wenn dem Kunden die potentielle -unter Umständen noch nicht einmal realisierbare- Möglichkeit eine andere Alternative zu erwirken, genommen wird. Dies kann aber nur dadurch geschehen, daß sich die Anbieter darüber einig sind (die Intensität dieser Einigkeit, ob also beispielsweise ein gentleman agreement ausreicht, soll hier nicht untersucht werden) ¹⁾, dem Kunden keine Alternative zu offerieren oder in der schwächeren Form der Empfehlung durch Einflußnahme auf die einzelnen Empfehlungsempfänger zu bewirken, daß dem Kunden die potentielle Möglichkeit, ein anderes zu erwirken, genommen oder erschwert wird.

Nur diese Auslegung scheint mir auch dem Wort "Beschränkung" gerecht zu werden, das als substantiviertes Verb eine Tätigkeit, eine Maßnahme ausdrückt. In dem Begriff "Beschränkung der Alternativen" liegt die Maßnahme inbegriffen. Wettbewerbsbeschränkung ist also das, was FIKENTSCHER als allein unter das Gesetz fallend "Wettbewerbsbeschränkung durch Maßnahme" nennt. Eine Wettbewerbsbeschränkung ohne Maßnahme gibt es nicht, dann handelt es sich vielmehr allenfalls um "beschränkten Wettbewerb", was sprachlich und begrifflich ganz etwas anderes ist. Beschränkter Wettbewerb ist der Oberbegriff und liegt dann vor, wenn die Wettbewerber sich, gleich aus welchen Gründen, keinen Wettbewerb machen, wenn sie auf eine bestimmte Wettbewerbsform, wie etwa Preiswettbewerb verzichten. Ein solcher beschränkter

1) vgl. hierzu HONOLD, 'Das gentleman agreement und seine Bedeutung im Kartellrecht', der ein gentleman agreement nicht für ausreichend hält

Wettbewerb kann schon vorliegen, wenn die Beteiligten aufgrund selbständiger Entscheidung auf Wettbewerb verzichten. Eine Beschränkung des Wettbewerbs liegt vor, wenn von irgendwem durch irgendwelche Mittel auf diesen Verzicht der Wettbewerber auf Wettbewerb hingewirkt wird. Die vom Gesetz hierfür als allein verboten angesehenen Mittel sind der Beschluß zwischen Wettbewerber und die Empfehlung an die Wettbewerber.

Es mag an dieser Stelle dahingestellt bleiben, ob die Marktform der Einflußlosigkeit der einzelnen Unternehmer oder die der wechselseitigen Beeinflußbarkeit eine effektivere Form des Wettbewerbs darstellt. Fest dürfte jedoch stehen, daß die Marktform der wechselseitigen Beeinflussung noch nicht allein wegen der zwangsläufigen Anpassungsvorgänge als Wettbewerbsbeschränkung anzusprechen ist.

bb) Informationsaustausch und Freiheitsschutz

aaa) Der Teilnehmer

Die Annahme, daß lediglich die Aufrechterhaltung der Entschließungsfreiheit der Wettbewerber Schutzzweck des Gesetzes, insbesondere des Empfehlungsverbotesei, läuft praktisch auf die, insbesondere von HUBER ¹⁾ vertretene These der faktischen Bindung hinaus, da die Entschließungsfreiheit der Beteiligten nur durch einen gewissen Druck beeinträchtigt werden kann. Der BGH hat diese Auffassung abgelehnt, da sie sich nicht aus dem Begriff

1) 'Das Empfehlungsverbot, eine kartellrechtliche Studie'

der Empfehlung ergebe und hat sie auch bei der Prüfung des Umgehungstatbestandes nicht herangezogen ¹⁾. Sie wird nach wie vor von BENISCH ²⁾ vertreten.

HUBER versteht unter einer faktischen Bindung eine der rechtlichen Bindung analoge Bindung wirtschaftlicher, gesellschaftlicher oder sonstiger Art. Der Bundesgerichtshof hat es in seiner Entscheidung vom 8.10.1958 ³⁾, -in der er allerdings die Frage, ob eine faktische Bindung vorliegen müsse, dahingestellt sein ließ- darauf abgestellt, daß die Empfehlungsempfänger in ihrer Entscheidung, ob sie der Empfehlung folgen sollten oder nicht, unfrei gewesen seien. "Der Empfehlende habe mithin das Verhalten der Empfehlungsempfänger in faktisch-bindender Weise bestimmt" ⁴⁾. Ob das Erfordernis der faktischen Bindung nach der Entscheidung des BGH vom 14.1.1960 noch aufrechterhalten werden kann, ist fraglich, aber nicht ausgeschlossen. Die Formulierung des BGH "als wären sie durch einen Beschluß verpflichtet worden" ⁵⁾, schließt nämlich die Annahme einer faktischen Bindung in einer modifizierten Form nicht aus. Demgemäß sagen BAUMBACH-HEFERMEHL unter Hinweis auf eine Entscheidung des Strafsenates zum Dekartellierungsrecht ⁶⁾:

Aus diesem Grunde ist die Theorie von der faktischen Bindung im Prinzip zutreffend. Erst dadurch hat eine befolgte Preisempfehlung eine der Festsetzung vergleichbare Wirkung ⁷⁾.

1) WuWE/BGH 370 ff.

2) WuWE/BGH 380, 381 u. Preismitteilungen an Wieder-

3) WuWE/BGH 251 ff. (verkäufer, DB 1960, S. 1177)

4) WuWE/BGH 255

5) WuWE/BGH 371

6) BGH St 5, S. 218

7) BAUMBACH-HEFERMEHL, § 38 GWB, Randn. 22

Geht man davon aus, daß durch das GWB lediglich die Freiheit der Informationsempfänger geschützt werden soll, so ist keine Verletzung dieses Schutzgutes ersichtlich. Es liegt vielmehr auf der Hand, daß jegliche Form von Tatsachenmitteilung, von einer solchen Auslegung des Empfehlungsverbot nicht erfaßt werden kann, sofern auf die Entschließung des Einzelunternehmens keinerlei Einfluß ausgeübt wird. Beim reinen Informationsaustausch werden dem Unternehmer vielmehr lediglich Grundlagen für die eigene selbständige Entscheidung geliefert, die allerdings zu gleichförmigem Verhalten führen können ¹⁾.

bbb) Schutz der Teilnehmer und der Nichtbeteiligten

Die Ausübung der Freiheit der Entfaltung eines Marktteilnehmers greift zwangsläufig in die Freiheitssphäre des andern und zwar sowohl des Wettbewerbers als auch der Teilnehmer, der nach- oder vorgeordneten Marktstufe ein ²⁾. Erkennt man die Rechte auf freie Entfaltung der Marktbeteiligten als gleichwertig an, so müßte eine Abwägung erfolgen. Wie aber sollte Gleichwertiges abgewogen werden ?

Eine solche Gleichwertigkeit ist im Gesetz jedoch nicht festzustellen. Die Freiheit der Wettbewerber ist vielmehr weitgehend beschnitten. So beinhaltet § 1 GWB in Verbindung mit § 38 Abs.1 GWB eine Einschränkung der Vertragsfreiheit und § 38 Abs.2, Satz 2 GWB eine Einschränkung des Grund-

-
- 1) vgl. KRAHE, 'Empfehlungsverbot und Markttransparenz' in WuW 1960, S. 482
 - 2) vgl. im einzelnen FIKENTSCHER, 'Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz', S. 207 ff.

rechtes der freien Meinungsäußerung. Zu fragen bleibt jedoch, zu wessen Gunsten diese Einschränkung erfolgt. LUKES ¹⁾ beantwortet diese Frage damit, daß § 1 GWB die individuelle Freiheit Dritter, also der nicht am Vertrag Beteiligten, schütze. Er schließt dies aus Sinn und Zweck des Kartellverbotes. Die besondere Gefährlichkeit liege nämlich namentlich in der Außenwirkung.

Gegen diese Auffassung sind von BENISCH ²⁾ und KNÖPFLE ³⁾ kaum zu widerlegende Bedenken geltend gemacht worden.

Selbst wenn man aber LUKES folgen wollte, daß die Nichtbeteiligten geschützt werden sollten, so kann dieser Schutz nicht so weit gehen, daß die Nichtbeteiligten ein Recht auf verschiedenartige Angebote haben ⁴⁾. Andernfalls wäre schon gleichförmiges Verhalten ein Kartelltatbestand. Der Nachfrager kann auch keine Rechte darauf haben, daß die Anbieter sich tatsächlich Wettbewerb machen. Das hieße, eine Pflicht zur Unterbietung normieren.

c) Der kollektivierte Wettbewerbsverzicht als Umgehungstatbestand

Weder der Gedanke des Wettbewerbs noch der des Abnehmerschutzes bietet somit eine ausreichend klare Abgrenzung zur Lösung der Frage, ob eine Umgehung vorliegt.

1) 'Der Kartellvertrag', S. 185 ff.

2) 'Kartellrecht und Schutz der individuellen Freiheit' in WuW 1961, S. 769 ff.

3) 'Zum Wettbewerb im Sinne des § 1 GWB' in WuW 1962, S. 166 ff.

4) vgl. KNÖPFLE, 'Zum Wettbewerb im Sinne des § 1 GWB' in WuW 1962, S. 172

Sie kann vielmehr nur der umgangenen Vorschrift entnommen werden. Als umgangene Vorschrift kommt § 1 GWB in Betracht. Diese Bestimmung erklärt Marktabreden für unwirksam. Ihr angestrebter Erfolg ist es, den Wettbewerb oder die Marktgegenseite davor zu schützen, daß alle Beteiligten sich verabreden, -um den einfachen Fall der Preisabsprache zu Grunde zu legen- ihre Waren nur zum gleichen Preis anzubieten. Die Abrede selbst wird nur von einem zivilrechtlichen Unwerturteil getroffen. Wie sich aus § 38 Abs.1 Satz 1 GWB ergibt, stellt sie jedoch noch keine Ordnungswidrigkeit dar. Bußgeldpflichtig wird erst derjenige, der diesem Beschluß gemäß handelt, der also den kollektiv beschlossenen Verzicht auf Preiswettbewerb in die Tat umsetzt. Erst diese Tatsache wird als ordnungswidrig angesehen und damit als gefährlich gewertet.

Andererseits kann aus dem Zusammenhang zwischen § 1 und § 38 Abs.1, Satz 1 GWB geschlossen werden, daß der eigene selbständige Entschluß keine Wettbewerbshandlung vorzunehmen, nicht gegen das Gesetz verstößt. Das GWB beinhaltet keine Pflicht zum Wettbewerb. Diese Einzelverzichte können sogar gleichlautend sein (dieser Fall tritt sogar häufig nach harten Preiskämpfen auf), sofern sie sich auf dem Markt gebildet haben und nicht auf einem verpflichtenden Vertrag beruhen. Es handelt sich dann wie BORCHARDT-FIKENTSCHER ¹⁾ es ausdrücken, um eine Wettbewerbsbeschränkung durch Zustand oder besser, um beschränkten Wettbewerb.

1)'Wettbewerb, Wettbewerbsbeschränkung, Marktbeherrschung', S. 30

Offensichtlich will oder kann das GWB Einzelwettbewerbsverzichte nicht treffen. Die Gefahr liegt auch nicht im Einzelverzicht, der jederzeit rückgängig gemacht werden kann, sondern in der Kollektivierung dieser Einzelverzichte. Liegt ein direkter Beschluß zum Verzicht auf Wettbewerb vor, so ist dieser nach Auffassung des Gesetzgebers von besonderer Gefährlichkeit, da die Wettbewerber sich gegenseitig zum Verzicht auf Wettbewerb verpflichtet haben. Das Gesetz erklärt daher diese Verpflichtung für unwirksam und bestraft schon die Realisierung durch einen Beteiligten.

In dieser Kollektivierung der Einzelverzichte muß auch der Umgehungstatbestand im Rahmen des Empfehlungsverbotese gesehen werden. Daraus folgt, daß auch die Empfehlung auf einen solchen Verzicht gerichtet sein muß. Das gefährliche des -durchgeführten- Beschlusses gemäß § 1 GWB ist nicht darin zu sehen, daß die Nachfrager tatsächlich keine Möglichkeit haben, ein günstigeres Angebot zu erwirken, dann läge der verbotene Erfolg im gleichförmigen Verhalten. Was den Beschluß wettbewerbsschädlich macht, ist die Verhinderung oder doch mindestens Verringerung der potentiellen Möglichkeit der Abnehmer, ein besseres Angebot zu erwirken, oder zu erkämpfen. Durch den Beschluß wird diese potentielle Möglichkeit vereitelt oder doch mindestens eingeschränkt. Da der Umgehungstatbestand nicht weiter gehen darf als der verbotene Tatbestand selbst ¹⁾, ergibt sich, daß auch die Empfehlung auf einen solchen Wettbewerbsverzicht gerichtet sein muß. Sie

1) vgl. auch WuWE/BGH 371

muß eine Maßnahme darstellen, die zu gleichförmigen Wettbewerbsverzichten -das ist ganz etwas anderes als gleichförmiges Verhalten- der Empfänger führen soll. Dieses subjektive Ziel oder Bestreben ¹⁾ muß sich aus dem objektiven Erklärungsinhalt der Meldung selbst in Verbindung mit den Gesamtumständen ergeben.

Damit kann eine Preismitteilung niemals den Umgehungstatbestand erfüllen, da sie nur die Bekanntgabe der Bezugsmöglichkeit bedeutet, die der Mitteilende selbst den Abnehmern einräumt. Sie erhellt lediglich den bestehenden Zustand. Die Folge ist ungewiß. Es kann sein, daß der Wettbewerber gerade durch diese Kenntnis veranlaßt wird, in einen Preiskampf einzutreten, wenn für ihn auch ein unterbotener Preis noch verlockend erscheint. Es kann aber auch sein, daß er darauf verzichtet, dem Informierenden Wettbewerb zu machen. Solange beide Alternativen möglich sind, kann man nicht davon sprechen, daß die Mitteilung auf den Wettbewerbsverzicht zielt.

Andererseits ist die Möglichkeit nicht zu verkennen, daß einzelne Beteiligte aus den verschiedensten Gründen darauf verzichten, dem Informierenden Wettbewerb zu machen. Auch eine einfache Tatsachenmitteilung kann also kausal für einen einzelnen Wettbewerbsverzicht sein.

Nach § 1 GWB -der umgangenen Vorschrift- sind nun aber schon solche Beschlüsse wirksam, die lediglich geeignet sind, zu Wettbewerbsverzichten

1) vgl. HÜBNER, Anm. zum Beschluß des BGH vom 14.1.1960 in LM § 38, GWB Nr. 4, Blatt 135 R

zu führen. Wie oben bereits gezeigt, kann aber eine solche Möglichkeit für eine bestimmte Folge ursächlich zu sein, nicht den Begriff der Eignung erfüllen. In diesem Falle wäre nämlich das Begriffsmerkmal 'Eignung die Marktverhältnisse durch Wettbewerbsbeschränkung zu beeinflussen' überflüssig, da die bestehende Kausalität zwischen der Maßnahme und der Marktbeeinflussung in jedem Falle geprüft werden muß und die tatsächlich eingetretene Marktbeeinflussung immer zeigen würde, daß die Möglichkeit hierzu bestand. Der Sinn der Einfügung des Tatbestandsmerkmals 'Eignung' kann also nur darin gesehen werden, daß der Gesetzgeber eine Vielzahl von Ursachen, die zu einem Wettbewerbsverzicht führen können, ausschließen wollte. Der Vertrag oder Beschluß muß vielmehr mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit nach der Auffassung von GLEICHMANN oder doch mindestens nach allgemeiner Lebenserfahrung mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit ¹⁾ zu Wettbewerbsverzichten führen.

Ebenso muß die Empfehlung nicht nur ursächlich sondern geeignet sein, zu Einzelverzichten zu führen.

Daß jede Preismitteilung im Rahmen eines Informationsaustauschvertrages nach allgemeiner Lebenserfahrung mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit gerade nicht zu Wettbewerbsverzichten führt, wurde oben im 1. Teil dargelegt. Um die Wettbewerber zu solchen Verzichten zu veranlassen, bedarf es vielmehr darüber hinausgehender Maßnahmen.

1) vgl. MÜLLER-HENNEBERG in Gemeinschaftskomentar, § 1, Anm. 41

Darüber hinaus reicht die objektive Eignung zum schädlichen Erfolg -dem Wettbewerbsverzicht- beim Empfehlungsverbot nicht aus. Nach § 11 OWiG werden Ordnungswidrigkeiten nur bei vorsätzlichem Handeln geahndet. Dieser Vorsatz muß sich auf alle Tatbestandsmerkmale erstrecken. Dem Empfehlenden muß also auch ein Umgehungsvorsatz nachgewiesen werden ¹⁾. Der Umgehende, beim Empfehlungsverbot also der Empfehlende, muß die Wettbewerber zu Wettbewerbsverzichten veranlassen wollen. Er muß diesen Willen auch bestätigen. Das kann er aber nur mit einer gezielten Maßnahme, die, wenn sie -sei es auch freiwillig- befolgt wird, nur eine Alternative läßt: den Verzicht auf Wettbewerb. In der reinen Mitteilung einer Tatsache, auch einer zukünftigen Tatsache, liegt zwar das Wissen, daß diese Tatsache den Empfänger möglicherweise zum Verzicht auf Preisunterbietungen veranlassen kann. Sie läßt jedoch alle Möglichkeiten der Entscheidung offen. Damit zielt sie nicht auf den verbotenen Erfolg, den Wettbewerbsverzicht des Mitteilungsempfängers.

3. Die Empfehlung

Vorstehend wurde festgestellt, daß das Gesetz kollektive Wettbewerbsverzichte für schädlich hält und daß es bestimmte Maßnahmen, die auf einen solchen Verzicht hinwirken, verbietet oder unter Buße stellt. Das geschieht beim Beschluß durch Maßnahmen der Beteiligten untereinander, die gleichlautend auf Wettbewerb verzichten, ohne die Möglichkeit der zivilrechtlichen Bindung zu haben. Sie verzichten, weil der andere verzichtet.

1) WuWE/BGH 371

Da es sich beim Empfehlungsverbot um einen Tatbestand der Umgehung des § 1 GWB handelt, bedeutet das, daß der als schädlich angesehene Wettbewerbsverzicht auch nicht durch einen Dritten herbeigeführt werden darf; er darf also nicht auf die einzelnen Wettbewerber einwirken auf Wettbewerb zu verzichten und wird bußgeldpflichtig, wenn sein Bemühen von Erfolg gekrönt ist.

Durch das Begriffsmerkmal der Empfehlung wird klargestellt, daß nicht jede, den Beschluß umgehende Maßnahme durch das GWB getroffen werden soll, sondern eben nur die Empfehlung.

Während alle Auffassungen darin einig sind, daß zum Begriff der Empfehlung die rechtliche Unverbindlichkeit der übermittelten Erklärung gehört ¹⁾, besteht Uneinigkeit in der Frage, welches Maß an Intensität der Einwirkung auf die Empfehlungsempfänger einer Empfehlung eigen sein muß oder darf. HUBER skizziert diese unterschiedlichen Auffassungen wie folgt ²⁾.

a) als Ausdruck der Erwartung

Der Erklärende gibt sich der Erwartung hin, daß der Empfänger sich der Empfehlung gemäß verhalten werde. Vertreter dieser Theorie sind vor allem GNAM ³⁾ und SEIDEL ⁴⁾; ihnen hat sich das Landgericht Köln angeschlossen.

1) HUBER, 'Das Empfehlungsverbot', Seite 45 mit Hinweis auf GNAM, 'Die "unverbindliche" Preisempfehlung im Dekartellierungsrecht' in NJW 1952, S.133; HENGSTENBERG, 'Verstoßen Bruttopreislisten gegen das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen' in WuW 1958, S.441; MAYER-WEGELIN, 'Die Empfehlung im Sinne des § 38 Abs. 2 GWB' in DB 1958, S. 181; PINDER, 'Kritik und Vorschlag zum kartellgesetzlichen Empfehlungsverbot' in DB 1957, S. 597

2) a.a.O., S. 46 ff.

3) 'Wettbewerbsbeschränkende Empfehlungen in der Kredit- u. Versicherungswirtschaft' in DB 1958, S.431

4) 'Empfehlungen nach dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen' in WRP 1957, S.254

b) als Akt der Willensbeeinflussung

Nach GLEISS ¹⁾, HENGSTENBERG ²⁾, MAYER-WEGELIN ³⁾ und WÜRDINGER ⁴⁾ gehört es zum Wesensmerkmal der Empfehlung, daß der Erklärende dem Empfehlungsempfänger den Wunsch zu erkennen gibt, die Empfehlung möge befolgt werden.

c) als Akt der faktischen Wettbewerbsbeschränkung

Diese schon beim Umgehungstatbestand erörterte Theorie nimmt an, daß zum Begriff der Empfehlung zwar die Willensbeeinflussung gehöre, daß diese aber noch nicht genügt, sondern der Rechtsbegriff der Empfehlung nur durch eine Erklärung erfüllt wird, der ein bindungsähnlicher Charakter zukommt. Dieser bindungsähnliche Charakter kann jedoch nicht aus dem Begriff der Empfehlung hergeleitet werden, da dieser die Bindung der Empfehlungsempfänger nicht einschließt ⁵⁾. Der BGH stellt demgemäß richtig fest,

" die tatsächliche Bindungskraft ist aber ebenfalls keine Wesenseigenschaft der Empfehlung. Begrifflich ist sie vielmehr nur eine mögliche Wirkung der Empfehlung, und daher von dieser selbst zu unterscheiden."

Dem ist zu folgen. Die faktische Bindung kann sich allenfalls aus dem Umgehungstatbestand, nicht aber aus dem Begriff der Empfehlung herleiten lassen.

-
- 1) 'Wettbewerbsbeschränkende Empfehlungen in der Kredit- und Versicherungswirtschaft' in BB 1958, S. 483 ff.
 - 2) 'Verstoßen Brutto-Preislisten gegen das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen?' in WuW 1958, S. 441
 - 3) 'Die Empfehlung im Sinne des § 38 Abs. 2 GWB' DB 1958, S. 188
 - 4) 'Kartellrechtliche Beurteilung von Empfehlungen in der Versicherungswirtschaft', WuW 1958, S. 508
 - 5) vgl. FIKENTSCHER, 'Vertikale Preisempfehlung', S. 62; GIEFERS, 'Vertikale Preisempfehlung und Preisbindungen im Wettbewerbsrecht', S. 41

d) Die Auffassung des BGH

Der BGH ¹⁾ geht in der Kohlenplatzhandelsentscheidung vom 14. Januar 1960 ²⁾ vom ursprünglichen Wortsinn der Empfehlung aus. Dieser ist nach Grimms 'Deutschem Wörterbuch' gleich "anempfehlen, ans Herz legen, anraten, einbinden (im Sinne von einschärfen)." Danach ist die Empfehlung eine Erklärung, durch die jemand etwas als für einen anderen gut oder vorteilhaft bezeichnet und es ihm deshalb anrät, nahelegt oder vorschlägt. Gegenüber der Weisung der Vertragspflicht oder einer sonstigen rechtlichen Bindung grenzt der BGH die Empfehlung dadurch ab, daß sie dem Empfehlungsempfänger letztlich die Freiheit der Entscheidung lasse, die Empfehlung sei ihrem Wesen nach rechtlich unverbindlich.

Den Unterschied zur bloßen Meinungsäußerung oder tatsächlichen Mitteilung sieht der BGH darin, daß der Empfehlung wesenhaft das Bestreben innewohne, den Willen dessen, an den sie gerichtet ist in bestimmten Sinne zu beeinflussen.

Auf der Grundlage dieser Rechtsgrundsätze hat der BGH die zugrundeliegende Entscheidung des Oberlandesgerichts Hamburg ³⁾ bestätigt. Die Frage, ob das OLG Hamburg die tatsächlichen Umstände des Falles richtig gewürdigt hat, hat der BGH nicht entschieden, da die Frage, ob die Preismitteilungen der Betroffenen nach den tatsächlichen Umständen des Falles als Preis-

1) WuWE/BGH 370

2) WuWE/BGH 369 ff.

3) OLG Hamburg in WuWE/OLG 290

empfehlungen wirkten, allein tatrichterlicher Beurteilung unterliege. Die Rechtsansicht des Oberlandesgerichts, daß Preismitteilungen auch ohne ausdrückliches Anraten bestimmter Preismaßnahmen und trotz des Hinweises auf ihre Unverbindlichkeit, in Wirklichkeit Preisempfehlungen sein können, hat der BGH als rechtsfehlerfrei bezeichnet. Damit ist die Frage, wann sie so wirken, aber noch unentschieden.

Die Bedeutung dieser Feststellung wird unterschiedlich beurteilt. BENISCH meint in seiner Besprechung des Urteils ¹⁾, daß man aus den Worten "als Empfehlung wirken" auch schließen könne, der BGH habe jede Mitteilung gemeint, die geeignet ist, die Marktverhältnisse zu beeinflussen.

Dieser Auslegung widerspricht jedoch, daß das Oberlandesgericht Hamburg sich bei den tatrichterlichen Feststellungen nicht damit begnügt hat festzustellen, ein Teil der Empfehlungsempfänger habe sich -der Empfehlung folgend- gleichförmig verhalten. Es hat vielmehr den gesamten Erklärungshintergrund, beim mitteilenden Verband durchleuchtet, und dann festgestellt, daß ein großer Teil der Einzelhändler aus der bisherigen Funktion der mitteilenden Stelle schließen konnte, es werde trotz der Deklaration als Preismitteilung in Wirklichkeit eine Preisempfehlung ausgesprochen. Der BGH hat also lediglich für den Einzelfall die Auffassung des OLG nicht beanstandet, daß die Preismitteilungen der betroffenen Mitglieder eines Verbandsvorstandes an die Verbandsangehö-

1) WuWE/BGH 377

rigen getarnte Preisempfehlungen waren ¹⁾. Es mag zwar zweifelhaft sein, ob die vom OLG getroffenen Feststellungen tatsächlich ergaben, daß der objektive Erklärungsinhalt der vom Verband herausgegebenen Preismitteilungen eine Empfehlung darstellte. Diese Frage hat der BGH jedoch als tatrichterliche Würdigung dahingestellt sein lassen.

"Als Empfehlung wirken", kann also nicht so verstanden werden, daß jede Mitteilung, die gleichförmiges Verhalten verursacht, eine Empfehlung ist. Dieser Auffassung widerspräche zudem -hierauf weist BENISCH mit Recht hin ²⁾,- daß Umgehung und Empfehlung gesonderte Tatbestände sind, die beide vorliegen müssen. Man kann dann aber nicht aus der Umgehung -die im übrigen, wie oben gezeigt, bei einer einfachen Preismitteilung nicht vorliegt- auf den Empfehlungscharakter einer Mitteilung schließen.

Es ist weiter davon auszugehen, daß der Gesetzgeber den Begriff 'Empfehlung' bewußt gewählt hat. Hätte er jegliche Preismitteilungen treffen wollen, so hätte das im Gesetz zum Ausdruck kommen müssen. Daraus folgt, daß Mitteilungen, die nicht den Begriff der Empfehlungen erfüllen, nur dann bußgeldpflichtig sind, wenn es sich um verschleierte Empfehlungen handelt. Hierzu ist jedoch Voraussetzung, daß derartige Preismitteilungen als Empfehlungen verstanden werden können. Demgemäß sagt BENISCH ³⁾, und ihm folgend FIKENTSCHER ⁴⁾, daß der Empfehlungsempfänger

1) Ebenso HÜBNER, RN zum Beschluß des BGH v. 14.1.1960 in LM § 38 GWB, Blatt 135 R

2) WuWE/BGH 377

3) WuWE/BGH 377

4) 'Die vertikale Preisempfehlung', S. 61

sich zumindest denken können müßte, zu welchem Zweck ihm der Preis mitgeteilt werde. GIEFERS ¹⁾ stellt richtig auf die Formel ab: "Der objektive Inhalt muß den Wunsch des Empfehlenden enthalten".

Auf ein praktisches wirtschaftliches Beispiel bezogen, bedeutet das, daß die Feststellung eines angemessenen Marktpreises, die Kalkulation eines auskömmlichen Betriebspreises oder die Mitteilung des bestmöglichen Marktverhaltens keine Empfehlung darstellt, solange es an dem Bestreben des Äußernden fehlt, die Angesprochenen zu veranlassen, diesen Preis im Markt auch anzustreben. Bei der Vermittlung solcher betriebs- oder volkswirtschaftlichen Erkenntnisse wird es sicher Fälle geben, die nur schwer von der Empfehlung abzugrenzen sind. Die nackte Information über feststehende Daten des Marktes kann jedoch niemals auf eine bestimmte Handlung zielen, sofern es sich nicht um eine getarnte Empfehlung handelt ²⁾.

Die Abgrenzung der Empfehlung von der Information hat also ungeachtet ihrer etwaigen Wirkungen aus dem Sinn und Zweck der Mitteilung selbst und unter Würdigung der Gesamtumstände zu erfolgen. Dieser äußere Tatbestand der Empfehlung soll im folgenden untersucht werden.

1) 'Die vertikale Preisempfehlung', S. 35

2) vgl. HÜBNER, Anm. zum Urteils-Beschluß des BGH vom 14.1.1960, Blatt 135 R

e) Abgrenzung der Empfehlung von der Information

Empfohlen werden kann jedes Marktverhalten. Zur Vereinfachung soll jedoch in Zukunft nur von Preisempfehlungen gesprochen werden. Die Erkenntnisse können dann zwanglos auf jede andere Art der Empfehlung übertragen werden.

Der äußere Tatbestand der Preisempfehlung besteht zunächst aus der Mitteilung eines bestimmten Preises. Damit ist aber der äußere Tatbestand der Empfehlung noch nicht erschöpft ¹⁾. Eine Mitteilung ist, wie vorstehend gezeigt, noch keine Empfehlung und kann es insbesondere nicht durch ihre eventuelle Wirkung werden. Der BGH stellt richtig fest, daß an der Wortbedeutung allein anzuknüpfen ist. Das bedeutet einerseits, daß aus dem Tatbestandsmerkmal "Empfehlung" keinerlei Einschränkungen des Empfehlungsverbot hergeleitet werden können, die sich nicht aus dem sprachlichen Begriff der Empfehlungen ergeben. Demgemäß wird auch von den Vertretern der Beschränkungstheorie das Erfordernis der faktischen Bindung aus dem Umgehungstatbestand hergeleitet. Andererseits bedeutet die Beschränkung auf den sprachlichen Begriff aber auch, daß es unerheblich ist, ob die Mitteilung zu einer Beeinflussung der Marktverhältnisse führt. Dies gilt selbst dann, wenn die Marktbeeinflussung in einem gleichförmigen Verhalten der die Gedankenäußerung Empfangenden führt.

Um den Empfehlungsbegriff näher zu umreißen, empfiehlt es sich, zunächst klarzustellen, welche Mitteilungen oder Äußerungen zwar geeignet

1) FIKENTSCHER, 'Vertikale Preisempfehlung', S.61

sind, das Wollen der Empfänger zu beeinflussen, ohne bereits eine Empfehlung zu sein.

Hierzu gehören zunächst die graduell verschiedenen Möglichkeiten der sachgerechten Beeinflussung, also die Mitteilung all der Tatsachen, die vom Entscheidenden berücksichtigt werden müssen oder müßten. Fehlt eine Tatsache, so sieht die Entscheidung anders aus. Die Mitteilung einer Tatsache, die dem Entscheidenden noch nicht bekannt war, übt somit notwendigerweise einen Einfluß auf die Entscheidung aus, ohne sie allerdings zu beeinträchtigen; sie fördert sie vielmehr. Man kann umgekehrt eher sagen, daß Wissen freier und Unwissen unfreier macht. Insoweit dürfte Einigkeit bestehen.

Schwieriger ist die Abgrenzung zwischen der Empfehlung und der Vermittlung von Erkenntnissen, wie beispielsweise durch die Meinungsäußerung oder den Rat. Da die Empfehlung nach den Feststellungen des BGH den Willen dessen, an den sie gerichtet ist, in bestimmten Sinne beeinflussen muß, ist zunächst zu klären, was Wille ist. Dieses Problem der Willensfreiheit spielt auch bei der Diskussion des GWB eine Rolle. Obwohl der Begriff der Freiheit des Willens immer wieder herangezogen wird, vermißt man eine Definition; dieser Begriff ist nämlich keineswegs eindeutig. In der Philosophie jedenfalls stehen sich hier die Voluntaristen und Deterministen seit Jahrhunderten unversöhnlich gegenüber. Die Starrheit der Fronten dürfte namentlich darauf zurückgeführt werden können, daß die Wurzeln dieses Problems weit in den religiösen Bezirk greifen, wo sich die katholische Lehre einer

-allerdings beschränkten- Willensfreiheit ¹⁾ und als Extrem die calvinistische Prädestinationslehre gegenüberstehen. Unter diesen Umständen ist es erstaunlich, daß der sicherlich problematische Begriff der freien Willensentscheidung so unkritisch Einzug in die Diskussion gefunden hat, obwohl ihn beispielsweise SCHOPENHAUER ²⁾ mit der ihm eigenen drastischen Formulierung, rundweg abgelehnt hat. Es ist allerdings zuzugestehen, daß die philosophische Diskussion für den Juristen recht unergiebig ist. So begnügt sich beispielsweise SCHOPENHAUER ³⁾ damit, den Willen als das zu bezeichnen, wovon jedes Objekt die Sichtbarkeit, die Erscheinung und die Objektivität ist. Aus neuerer Zeit sei HIRSCH ⁴⁾ zitiert, der den Willensakt mit der Assoziation identifiziert.

Um so weniger diese Begriffe in der juristischen Auslegung weiterhelfen, um so notwendiger ist eine Definition, die juristischen Anforderungen an die Bestimmtheit gerecht wird.

-
- 1) vgl. BRUGGER, Philosophisches Wörterbuch, Stichwort: 'Willensfreiheit', S. 418
 - 2) (gekrönte) Preisschrift über die Freiheit des Willens, a.a.O., Band III, S. 212: "inzwischen fehlt es auch in Deutschland nicht an Ignoranten, die alles, was seit Jahrhunderten große Denker darüber gesagt haben, in den Wind schlagen, und auf die im vorigen Abschnitt analysierte von ihnen wie vom großen Haufen falsch aufgefaßte Tatsache des Selbstbewußtseins pochend, die Freiheit des Willens auch tatsächlich gegeben präkonisieren. Doch tue ich Ihnen vielleicht Unrecht; indem es sein kann, daß sie nicht so unwissend sind wie sie scheinen, sondern bloß hungrig und daher für ein sehr trockenes Stück Brot alles lehren was einem hohen Ministerio wohlgefällig sein könnte."
 - 3) "Die Welt als Wille und Vorstellung", Buch 1, § 21 a.a.O., Band I, S. 140/141
 - 4) 'Die Normen des Seins', § 20, S. 73

Dabei ist davon auszugehen, daß dem Willen gegenüber allen anderen Formen menschlicher geistiger Betätigung eigentümlich ist, daß er auf eine Handlung oder Unterlassung zielt. Dadurch unterscheidet er sich vom bloßen Wunsch und von der Erkenntnis. Er endet mit der Ausführung der gewollten Handlung. Als Beispiel sei auf den Willen, eine Krankheit zu überstehen hingewiesen, der mehr ist, als der Wunsch gesund zu werden. Dem festen Willen zur Gesundung kommt über den bloßen Wunsch hinaus eine eigene Heilwirkung zu.

Festzustellen ist, daß die Handlung den Erfolg der Willensbetätigung darstellt, die Erkenntnis ist lediglich seine Motivation die durch mannigfache andere Ursachen ergänzt werden kann. In Frage kommen Aspekte, Gefühle u.s.w. ¹⁾.

Zum Wesen des Willens gehört also begriffsnotwendig das Bestreben, eine bestimmte Vorstellung in die Tat umzusetzen. Die Bildung dieser Vorstellung hat mit dem Willen nichts zu tun. Sie ist lediglich seine, noch nicht einmal notwendige Voraussetzung. Andererseits kann eine Vorstellung gebildet werden, ohne daß der Wille zur Tat folgt. Es handelt sich dann lediglich um einen Wunsch, oder um eine Erkenntnis.

Für die Empfehlung, die nicht die Bildung von Wunschbildern oder Erkenntnissen, sondern die Beeinflussung des Willens darstellt, bedeutet das, daß auch sie auf die Handlung zielen muß. Begnügt sich eine Äußerung mit der Bildung einer Erkenntnis, oder suggeriert sie ein Wunschbild,

1) vgl.hierzu auch 'Der große Brockhaus', 15. Aufl. 1955, Band 20, Stichwort: "Wille"

so kann es sich nicht um eine Empfehlung handeln. Man kann nicht empfehlen, etwas zu erkennen oder zu wünschen, sondern nur etwas zu tun.

Andererseits wurde bereits festgestellt, daß die Empfehlung nicht die Beeinträchtigung der Handlungsfreiheit erfordert, die von der Androhung eines Übels im weitesten Sinne, bis zu direktem Zwang reichen kann. Sie läßt ihm vielmehr die Freiheit der Handlung ¹⁾, d.h. die ungehinderte Durchführung einer möglichen Alternative. Die Empfehlung gibt ihm jedoch im Gegensatz zur einfachen Mitteilung die Möglichkeit, auf die Selbstständigkeit der Wahl der Alternative zu verzichten. Sie nimmt ihm also die Wahl der zu ergreifenden Alternative ab, sofern er sie sich abnehmen lassen will. Da allein tut jedoch auch der Ratgeber. Beim Empfehlenden kommt hinzu, daß er sich mit der Entscheidung identifiziert, daß er das Gewicht seiner Persönlichkeit dahinter stellt, daß er nicht nur rät, also etwas als richtig bezeichnet, sondern -unter Achtung der Handlungsfreiheit des anderen, also ohne besondere Druckmittel- darauf hinwirkt, daß dieser auch die Konsequenzen zieht. Die Empfehlung ist nicht auf die Erkenntnis der Alternativen, auch nicht nur auf die Entscheidung, welche Alternative die richtige ist gerichtet, sie zielt vielmehr direkt auf die Verwirklichung einer bestimmten, empfohlenen Handlung. Der Empfehlende rät nicht nur in dem Sinne, daß er seine intellektuelle Erkenntnis des Besten oder Vorteilhaftesten objektiv und ohne persönliches Engagement mitteilt, er sagt vielmehr, "ich lege dir nahe, daß du das von mir als richtig angeratene auch tust".

1) WuWE/BGH 370

Daß diesem Willen ein besonderer Nachdruck im Sinne einer Verbindlichkeit, Bindung oder Beeinträchtigung des Willens durch Maßnahmen, die über das Äußern des Willens hinausgehen, verschafft wird, liegt nicht im Begriff der Empfehlung.

Zu dem gleichen Ergebnis kommt WÜRDINGER ¹⁾. Nach seiner Auffassung liegt keine Empfehlung, sondern eine Information immer nur dann vor, wenn die Äußerung lediglich die Mitteilung einer Tatsache oder eines Urteils zum Inhalt hat, welches der Mitteilende sich über die Begebenheiten oder Vorgänge gebildet hat. Die Information hat also allein den Zweck, das Wissen der Adressaten durch Vermittlung fehlender Tatsachen zu bereichern und ihm dadurch eine bessere Grundlage für die von ihm selbständig zu treffende Entscheidung zu geben. Als Information im Gegensatz zur Empfehlung ist also jedenfalls jede Mitteilung anzusprechen, die sich auf eine nackte Wissensvermittlung beschränkt, ohne hieraus irgendwelche Schlußfolgerungen zu ziehen, die dem Empfänger zu befolgen nahegelegt werden. Dies braucht nicht ausdrücklich zu erfolgen, kann sich vielmehr aus den Gesamtumständen ergeben.

1) 'Kartellrechtliche Beurteilung von Empfehlungen in der Versicherungswirtschaft' in WuW 1958, S. 507/508

D r i t t e r T e i l =====

Ergebnis

Zur Prüfung der Frage, ob alle Formen des Informationsverfahrens sich auf diesen Informationsbegriff beschränken und/oder keine Umgehung des Gesetzes darstellen, sollen alle Spielarten des Informationsaustausches im Folgenden anhand der oben gefundenen Ergebnisse überprüft werden.

1. Marktstatistik, Marktanalyse und Umsatz- meldestelle

Dieser Gruppe von Informationsmöglichkeiten ist gemeinsam, daß eine Sammlung von Marktdaten erfolgt, die ohne Wertung unter bestimmten Gesichtspunkten zusammengefaßt und dann zurückgemeldet werden. Ferner ist ihnen gemeinsam, daß sie nur abgeschlossene Marktdaten aufweisen.

Damit kann es sich nicht um Empfehlungen handeln. Selbstverständlich sollen die Empfänger der Statistik ein Mittel an die Hand bekommen, daß ihre Willensbildung für zukünftige Preisstellungen oder sonstige Wettbewerbshandlungen beeinflussen wird. Andernfalls wäre die Erstellung der Statistik sinnlos. Es fehlt aber an dem Bestreben, diese Entscheidung in eine bestimmte Richtung zu lenken oder um bei dem Empfehlungsbegriff des BGH anzusetzen: Es ist denkgesetzlich unmöglich, etwas als gut oder vorteilhaft zu bezeichnen und es deshalb jemanden anzuraten, nahezulegen oder vorschlagen, was gar nicht auf seine Zweckmäßigkeit, Güte oder Vorteilhaftigkeit geprüft wird, vielmehr vollständig und automatisch zusammenge-

faßt und dann weitergeleitet wird.

Es fehlt ferner an jeder Einflußnahme auf die Selbständigkeit der Entscheidung. Der Empfänger der Statistik muß dieselbe selbst auswerten. Die Entscheidung, was er tun soll, wird ihm nicht abgenommen. Ihm wird noch nicht einmal ein Rat erteilt. Dieses Ergebnis gilt gleichgültig, ob lediglich von-bis-Werte oder Durchschnittswerte angegeben werden. Die geäußerte Auffassung des Bundeskartellamtes, daß Durchschnittswerte bedenklich seien, ist durch das Gesetz nicht gedeckt.

Demgemäß werden, soweit ersichtlich, auch keine Bedenken gegen vollständige und richtige Marktstatistiken geltend gemacht.

Der Fall der bewußt falschen Statistik dürfte selten sein, da hiermit keinem Beteiligten gedient ist. Der Vollständigkeit halber soll trotzdem im Folgenden die unrichtige Statistik behandelt werden, zumal nicht ausgeschlossen werden kann, daß extrem niedrige Preise unterschlagen werden, um den Markt nicht zu beunruhigen oder von einem Teilnehmer nicht dokumentiert werden, um einen Wettbewerbsvorsprung durch Verschleierung zu erhalten.

a) Die unrichtige Statistik

Eine Statistik wird entweder durch bewußte Manipulierung des errechneten Durchschnittswertes oder der Höchst- und Niedrigstwerte oder dadurch unrichtig, daß Geschäfte nicht miterfaßt werden.

Die Fälle der Unvollständigkeit sind zunächst im einzelnen daraufhin zu untersuchen, ob sie nicht trotz des Weglassens des einen oder anderen Marktdatums, einen Fall der vollständigen Dokumentation oder Information darstellen. Unter Umständen kann es das Informationsinteresse sogar gebieten, gewisse Geschäftsvorgänge nicht zu dokumentieren. Hierzu gehören alle die Geschäfte, die aus dem normalen Rahmen herausfallen. So würde zum Beispiel die Mitdokumentierung von Minderqualitäten zu einer unrichtigen Statistik führen, es sei denn, daß sie gesondert aufgeführt werden. Andererseits gibt es gewisse Sondergeschäfte wie Probeaufträge, Sonderentwicklungen usw., die teuer bezahlt werden und mit den normalen Preisen nicht vergleichbar sind. Würden diese mitverwertet, würde eine unrichtige Preistendenz nach oben ausgewiesen.

In den anderen Fällen unvollständiger Dokumentation, die nicht durch ein Informationsinteresse begründet ist, ist zu unterscheiden zwischen marktgerechter und marktverfälschender Dokumentation. Wird lediglich eine punktuelle Zusammenfassung vorgenommen, die das Marktbild im wesentlichen richtig widerspiegelt, so liegt trotz der Unvollständigkeit eine Bereicherung des Wissens der Empfänger vor und die Statistik kann nicht in den Bereich der unzulässigen Empfehlung kommen.

Wird eine bewußt marktverfälschende Statistik erstellt, so bleibt sie doch eine -wenn auch falsche- Tatsachenmitteilung. Die Unrichtigkeit der Statistik ändert aber nichts daran, daß sie ihrem objektiven Erklärungsinhalt nach eine Information ist. Etwas anderes gilt nur

dann, wenn der Wille des Mitteilenden den Empfängermarkt marktungerecht zu beeinflussen, erkennbar hervortritt. Bei einer Statistik kann dieser Fall nur dann eintreten, wenn dem Empfänger bekannt ist, daß hier eine Manipulierung vorliegt, wenn er ferner weiß, in welcher Richtung diese Manipulierung läuft und wenn der Wunsch der herausgebenden Stelle zum Ausdruck kommt, daß der Empfänger diesem manipulierten Markttrend folgen soll. Es handelt sich dann um eine verschleierte Empfehlung.

In allen anderen Fällen wird dem Empfänger die Selbständigkeit der EntschlieÙung belassen; er wird nicht hinsichtlich eines Wettbewerbsverzichtes beeinflußt, er treibt lediglich Wettbewerb unter falschen Voraussetzungen, ein Fall, der die Regel darstellt, wenn keine Marktstatistiken vorliegen. Eine falsche Statistik kann damit jedoch nicht unter das Empfehlungsverbot fallen, weil es sich nach wie vor um eine reine Mitteilung von -allerdings falschen- Tatsachen handelt.

Eine solche Marktbeeinflussung ist sicherlich unlauter und verwerfenswert. Sie mag auch gegen den Zweck des Gesetzes verstoßen, da sie die Marktautomatik des Preises manipuliert. Trotzdem liegt aus den obengenannten Gründen keine Empfehlung vor. Für den Empfänger erscheint eine richtige wie eine falsche Mitteilung in demselben Gewand und der Wille der Einflußnahme durch den Empfehlenden kann von ihm nicht erkannt werden. Für die Richtigkeit dieser Auffassung scheint auch die BGH-Entscheidung vom 14.1.1960 zu sprechen. Hier lag nämlich ein klassischer Fall der verstümmelten Information

vor ¹⁾, da der Verband nur die Preise von solchen Kohlenhändlern mitgeteilt hatte, die die Preise erhöht hatten ²⁾. Wenn schon die Herausgabe falscher Tatsachen, die sicherlich geeignet sind, einen Marktpreis zu verfälschen, das Empfehlungsverbot verletzt hätte, hätte es nicht der durchgeführten umfangreichen Erhebungen über die Gesamtumstände bedurft, daß die Mitteilung des Verbandes von den Empfängern der Mitteilung dahin verstanden werden sollte und werden konnte, daß der Verband nicht lediglich eine Tatsache mitteile, sondern ihnen die Entscheidung über die eigene Preisstellung abnehmen wollte. Der prozessuale Grundsatz der Prozeßökonomie hätte vielmehr die Erhebung überflüssiger Beweise verboten.

b) Fehlende Publizität

BRINKMANN, RINCK und GRIESBACH fordern aus Gründen der Förderung vollständiger Markttransparenz, daß Statistiken allgemein zugänglich sein sollten. Diese Forderung findet im Gesetz keine Stütze.

BRINKMANN glaubt diese Forderung auch aus dem Gesichtspunkt des Empfehlungsverbotese herleiten zu können ³⁾. Er geht zwar richtig davon aus, daß nur der im Einzelfall zu ermittelnde objektive Erklärungswert der Mitteilung entscheidend sein könne und fährt dann fort:

-
- 1) vgl. im einzelnen BEHRENS, 'Marktinformation und Wettbewerb', S. 88 ff.
 - 2) vgl. auch BENISCH, WuWE/BGH 378
 - 3) 'Markttransparenz und Wettbewerbsrecht', S. 48 ff.

Wann dies der Fall ist, können grundsätzlich nur die Tatumsstände entscheiden, doch können hier die bereits dargelegten Grundsätze für markterhellende Gemeinschaftsarbeiten der Wirtschaft als Richtlinie dienen. Maßnahmen, die nichts als eine allseitige Markttransparenz schaffen wollen, stellen sich ausschließlich als Information, nicht als Empfehlung dar.

Das ist richtig. Zu fragen bleibt nur, warum Informationen, die nicht allseitige Markttransparenz schaffen, sondern nur die einseitige Markttransparenz fördern, keine Informationen sondern Empfehlungen sein sollen.

Er fährt dann fort:

Zunächst zeichnen sich Mitteilungen gegenüber Empfehlungen dadurch aus, daß sie ein Informationsbedürfnis zu befriedigen suchen. Für alle Meldeverfahren muß es also darauf ankommen, sich nur mit der Sammlung und Verbreitung von Geschäftsdaten zu beschäftigen, für deren Kenntnis andere Marktteilnehmer 1) legitime Interessen geltend machen können.

Nachdem BRINKMANN dann für statistisches Material unter namentlicher Nennung des jeweiligen Unternehmers die 'starke Vermutung' äußert, daß hier Firmen mit einem kleineren Marktanteil empfohlen werden solle, der Geschäftspolitik größerer Unternehmer zu folgen, schließt er diesen Absatz: "Diese Gefahr besteht nur vermindert, wenn ausschließlich errechnete durchschnittliche Werte angegeben werden, die die Variationsbreite des gesamten Marktes offen lassen" 2).

Dann folgt der verbüffende Schluß, daß Berichte, die der Markttransparenz dienen, beiden Seiten in gleicher Weise und zum selben Zeitpunkt zugänglich gemacht werden müssen.

1) a.a.O., S. 49

2) a.a.O., S. 49

Richtig ist zunächst wieder der Ausgangspunkt BRINKMANN's. Sicherlich zeichnen sich Mitteilungen gegenüber Empfehlungen dadurch aus, daß sie ein Informationsbedürfnis zu befriedigen suchen. Woher BRINKMANN dann aber die Rechtsgrundlage dafür nimmt, daß es ausgerechnet auf die Informationsbedürfnisse der anderen Marktteilnehmer ankommen soll, ist nicht ersichtlich. Selbst wenn ferner die 'starke Vermutung', daß Firmen mit einem kleineren Marktanteil empfohlen werden solle, der Geschäftspolitik größerer Unternehmen zu folgen, richtig ist, so rechtfertigt diese 'Vermutung' noch keinesfalls, daß tatsächlich eine Empfehlung vorliegt. Schließlich wäre noch zu fragen, ob diese 'Vermutung' auch dann besteht, wenn kleinere Firmen Informationen erteilen.

Sicherlich wird das Informationsbedürfnis maßgebend bei der Prüfung der Frage zu berücksichtigen sein, ob mit einer Information etwas anderes bezweckt wird, als eine Tatsachenmitteilung. Hierbei kann es jedoch nicht auf das Informationsbedürfnis von Dritten, sondern lediglich auf die Informationsbedürfnisse des Kreises ankommen, innerhalb dessen die Informationen erteilt werden.

Die Forderung allgemeiner Publizität wäre nur dann berechtigt, wenn die Statistik in ihrer reinen Form, so wie sie herausgegeben wird, keine Tatsachenmitteilung, sondern eine Empfehlung wäre. Ist sie eine Empfehlung, so würde im übrigen auch die allgemeine Publizität nichts an diesem Empfehlungscharakter ändern. Sie würde im Gegenteil noch gefährlicher werden,

da die Marktgegenseite mit beeinflußt würde.

Nach dem geltenden Recht kann also eine allgemeine Publizierung keinesfalls verlangt werden. Die Frage der Zweckmäßigkeit einer Gesetzesänderung kann an dieser Stelle nicht erschöpfend erörtert werden. Meines Erachtens birgt sie schwere Gefahren, wenn man einen stabilen Markt für gefährlich hält.

Die nicht zu unterschätzenden Zementierungsgefahren sind oben ¹⁾ gezeigt worden.

Zum anderen bestehen starke verfassungsrechtliche Bedenken dagegen, einen Personenkreis zu zwingen, etwas zu veröffentlichen, was er sich mit erheblichem Geistes- und Geldaufwand geschaffen hat. Es darf auch nicht verkannt werden, daß eine Sammlung von Daten vorliegt, die weitgehend Betriebsgeheimnisse darstellen und die nicht zum Allgemeingebrauch bestimmt sind.

2. Preislisten austausch und Einzelinformation

a) Geltende und vergangene Preise

Der Austausch von Preislisten und die Information über Preise, die dem einzelnen Abnehmer in Rechnung gestellt werden, können zusammengefaßt behandelt werden. Es macht nämlich keinen wesensmäßigen Unterschied, ob das generelle Marktverhalten oder die Preise beim einzelnen Abnehmer offen gelegt werden.

1) siehe Erster Teil D II 1

Hier gilt im wesentlichen dasselbe, wie das oben zur Statistik gesagte. Es wird lediglich eine Tatsache bekannt gegeben, nämlich die Tatsache, unter welchen Bedingungen ein Geschäft abgeschlossen wurde. Eine irgendwie geartete Einflußnahme auf die Selbständigkeit der Entscheidung des die Mitteilung Empfangenden hinsichtlich eines Verzichtes auf Wettbewerb liegt darin nicht. Im Gegenteil wird ihm dadurch erst die Möglichkeit geboten, effektiveren Wettbewerb zu treiben, der sich am Verhalten des Konkurrenten, also am Markt orientiert.

b) Die falsche Information

Eine Schwierigkeit mit der alle Meldestellen zu kämpfen haben, liegt in der falschen Information. Der Teilnehmer am Informationsverfahren meldet also einen höheren Preis, als er ihn tatsächlich berechnet oder eine geringere Qualität, als er tatsächlich liefert. Der Grund hierfür ist klar. Er will, daß sich der Wettbewerb an diesem höheren Preis orientiert und hofft, deshalb nicht unterboten zu werden. Er will sich also letztlich aus dem Wettbewerb hinaus begeben und sich unter dem Schutz der Falschmeldung ein Monopol bei dem betreffenden Kunden schaffen. Um eine Entdeckung auszuschließen, bedarf es eines Zusammenwirkens mit dem Kunden, da die meisten Informationsverfahren eine Überprüfung vorsehen. Der richtige Preis darf also nicht in den Büchern auftauchen. Die Möglichkeiten der Verschleierung wurden oben ¹⁾ bereits gezeigt. Alle bedürfen einer Mitwirkung des Kunden. Der

1) vgl. Erster Teil B II 3

Kunde ist an einem solchen Mitwirken oft interessiert, sofern er nicht hoffen kann, von anderen Lieferanten einen nennenswert geringeren Preis zu erhalten. Letztlich ist ihm nämlich vielfach mehr daran gelegen, vor seinen Konkurrenten einen Wettbewerbsvorsprung zu erhalten als ein objektiv günstigeres Angebot. Er ist ferner daran interessiert, daß sein Kunde den günstigeren Materialeinkauf nicht erfährt, um den dann sofort einsetzenden Preisdruck zu vermeiden.

Der Meldeverstoß kann dazu führen, daß die Wettbewerber höhere Preise anbieten, als der Marktlage entspricht. Dieser Erfolg wird hervorgerufen durch eine Maßnahme: die falsche Meldung in Verbindung mit den Verschleierungstaktiken.

Das amerikanische Schrifttum hat derartige Verschleierungen zutreffend als das Bestreben analysiert, sich aus dem Wettbewerb hinaus zu begeben, d.h. mit einem Sonderpreis bei einem bestimmten Abnehmer eine Monopolstellung zu erlangen ¹⁾.

Trotzdem stellt diese Maßnahme keine Empfehlung dar, da auf die Selbständigkeit der Entscheidung der anderen Wettbewerber nicht eingewirkt wird. Sie werden nicht veranlaßt, auf Wettbewerb zu verzichten; ihr Wettbewerb ist lediglich falsch orientiert und deshalb unter Umständen wirkungslos. Auch die falsche Information stellt also keinen Verstoß gegen das GWB dar. Möglichkeiten gegen sie vorzugehen, gibt lediglich das UWG und in besonders krassen Fällen § 263 StGB. Daneben

1) vgl. BEHRENS, 'Zur Zulässigkeit des Open Price Systems nach dem GWB' in WRP, S. 62

können Schadensersatzansprüche aus § 826 BGB oder § 823 Abs.2 BGB in Verbindung mit § 263 StGB sowie dem UWG bestehen.

c) Zukünftige Geschäfte

Werden zukünftige Marktdaten, wie beispielsweise Preise, dem Markt gleichzeitig -sei es generell durch Übersendung einer Preisliste, sei es beim einzelnen Abnehmer durch Ankündigung oder Angebot-bekanntgegeben, so sind sie schon jetzt geeignet, erhebliche Marktreaktionen auszulösen ¹⁾. Wie bereits festgestellt, stellt der dem Abnehmermarkt bekanntgegebene Preis eine vergangene Markttatsache dar. Seine gleichzeitige Bekanntgabe an die Wettbewerber ist also eine Information und kann damit keine Empfehlung darstellen ²⁾.

Auch wenn diese Preise noch nicht in den Markt gelangt sind, besteht trotz der -noch- fehlenden Marktreaktion ein Informationsinteresse der Wettbewerber.

Da das Informationsinteresse allein noch nichts über die rechtliche Zulässigkeit sagt, erhebt sich die Frage, zu welchem Zweck diese beabsichtigte Tatsache mitgeteilt wird ³⁾. Erfolgt eine Preiserhöhung, so besteht zwar ein Interesse des Informierenden daran, daß auch seine Wettbewerber höhere Preise nehmen, da er sonst um seinen Marktanteil fürchten muß. Die Mitteilung mag

1) siehe oben Erster Teil C II 4

2) vgl. BEHRENS, 'Zur Zulässigkeit des Open-Price-Systems nach dem GWB' in WRP 1960, S.62

3) FIKENTISCHER, 'Vertikale Preisempfehlung', a.a.O., S. 54

also durch den Wunsch des Informierenden auf Folgen der Wettbewerber motiviert sein. Weist aber die neue Preisliste niedrigere Preise aus, so geht das Interesse des Informierenden gerade dahin, daß seine Wettbewerber dieser Information nicht folgen, damit er unter dem Schutz der höheren Preise der Wettbewerber seinen eigenen Marktanteil vergrößern kann. Hat sich nun jeder Wettbewerber durch den Informationsaustauschvertrag verpflichtet, in beiden Fällen die Wettbewerber sofort zu verständigen, so widersprechen sich diese beiden Interessen und können für die Übernahme der entsprechenden Verpflichtung nicht mehr als Motiv berücksichtigt werden. Dann bleibt aber nur noch der Zweck übrig, daß er nichts anderes will, als seine Wettbewerber zu informieren, damit diese ihre Preispolitik nicht anhand im Markt umlaufender Gerüchte orientieren, sondern anhand feststehender und nachprüfbarer Tatsachen.

Eine ernsthafte Preisänderungsabsicht ist zweifellos eine Tatsache. Die Mitteilung dieser Tatsache stellt damit auch eine Wissensvermittlung dar, nämlich die Vermittlung des Wissens um die Absichten des Wettbewerbers, damit der Markt bei Eintritt der Preisänderung -erst jetzt wird die Tatsache allerdings zur Markttatsache- schnell und sicher reagieren kann ¹⁾.

Zur Annahme einer Empfehlung müßte hinzukommen, daß der Mitteilende über die reine Preismitteilung hinaus darlegt, weshalb es auch für die Wettbewerber angeraten ist, den Preis gleichlaufend zu verändern. Diese Darlegung kann sich

1) im Ergebnis zustimmend, MÜLLER-HENNEBERG
im Gemeinschaftskommentar
1. Auflage, § 1, Anm. 31 und
2. Auflage, § 1, Anm. 41

selbstverständlich wieder aus den Gesamtumständen ergeben. Daneben muß sich in der Preismitteilung das Bestreben objektivieren, den Willen der Empfänger in bestimmtem Sinne zu beeinflussen. Dies ist durchaus nicht immer bei der Angabe von Gründen für eine Preisänderung zu unterstellen. Es kann sich vielmehr gerade aus der Begründung einer Preisänderung ergeben, daß diese nur für den Informierenden zutreffend ist. Es ist also durchaus denkbar, daß gerade die Anführung von Gründen dazu führt, daß der Wettbewerb dem Vorgehen des informierenden Wettbewerbers nicht folgt.

Bedenklich wird die Mitteilung einer beabsichtigten Preisänderung jedoch, wenn diese Absicht noch nicht von einem endgültigen internen Firmenentschluß getragen wird, wenn also der Preis den Wettbewerbern lediglich als Erwägung mitgeteilt wird, um zunächst einmal zu ermitteln, wie die Konkurrenz reagieren wird. Ein solches Vorgehen kann gegen § 1 GWB in Verbindung mit § 38 Abs. 1 Satz 1 GWB verstoßen, wenn die Wettbewerber daraufhin erklären, daß sie folgen werden. Je nach den Umständen kann dieses Vorgehen als Abschluß eines Vertrages durch schlüssige Handlung angesehen werden. Die mitteilende Firma handelt dann nicht auf den eigenen Entschluß hin sondern erst dann und weil sie sich versichert hat, daß die anderen folgen.

Hat sie jedoch die ernsthafte Absicht, ist der Entschluß also bereits selbständig gefaßt, so ist kein Raum mehr für die Annahme, daß sie sich irgendwie der Selbständigkeit ihrer Entscheidung begeben hat. Sie teilt lediglich

die Tatsache mit, was sie -bestimmt- tun wird. Für die Frage der Selbständigkeit der Entschlie-
ßung der Wettbewerber spielt es keine Rolle,
ob der Markt diese Entschlie-ßung früher oder
später erfährt.

d) Identifizierung der Beteiligten

Grundsätzlich ist davon auszugehen, daß eine
Preismitteilung nicht dadurch zu einer Empfeh-
lung werden kann, daß der Mitteilende oder der,
über den mitgeteilt wird, genannt wird.

Bei Prüfung der Frage, ob es sich bei einer
Preismitteilung um eine Empfehlung handelt, ist
zwar auch die Person des Mitteilenden zu berück-
sichtigen ¹⁾. Es ist aber für jedes einzelne In-
formationsverfahren zu prüfen, ob in jeder Preis-
mitteilung etwa eines Preisführers objektiv ent-
halten ist, daß das Folgen für jeden Wettbewer-
ber selbst gut, richtig und zweckmäßig ist und
daß der genannte Mitteilende dem Empfänger die
selbständige Entschlie-ßung abnehmen will. Bei
einer einzelnen unmotivierten Übersendung einer
Preisliste oder Mitteilung eines Preises mag
dies in Sonderfällen angenommen werden können ²⁾.

-
- 1) FIKENTSCHER, 'Vertikale Preisempfehlung',
S.55, ebenso BGH-Beschluß vom 14.1.1960 in Ver-
bindung mit dem zu Grunde liegenden Beschluß
des OLG Hamburg vom 24.8.1959 WuWE/BGH 293
 - 2) Anderer Ansicht MARKERT, 'Kartellrechtliche
Beurteilung von Preismeldevetrag'en in DB 1963,
S.1458, der umgekehrt, gerade Preismitteilun-
gen ohne Meldepflicht für unbedenklich hält,
gegen solche mit Meldepflicht aber jedenfalls
im Oligopol Bedenken äußert.

Geschieht die Mitteilung jedoch im Rahmen eines Informationsaustauschvertrages, so kann der Grund nicht in dem Bestreben gesehen werden, die Wettbewerber zum Wettbewerbsverzicht zu veranlassen. Der Grund der Übersendung ist vielmehr in der Verpflichtung aus dem Informationsvertrag zu sehen. Für die Dauer des Informationsvertrages, also in der Regel auf unbestimmte Zeit, einen solchen Willen oder ein solches fortlaufendes Bestreben anzunehmen, dürfte wohl weitgehend wirtschaftsfremd sein. Bei dem natürlicherweise üblichen Spannungsverhältnis zwischen Wettbewerbern kann die zukünftige Entwicklung nicht abgesehen werden, und es wäre unklug, sich einer Automatik zu unterwerfen, deren Folgen nicht übersehbar sind.

e) Automatische Information

Schließlich ist noch festzustellen, daß eine Mitteilung oder Information ihren Charakter nicht dadurch zu ändern vermag, ob und wie sie übermittelt wird. Es kommt also nicht darauf an, ob Einzelpreise nur auf Anfrage zur Verfügung stehen oder ob sie an alle oder alle beteiligten Wettbewerber automatisch versandt werden. Eine solche Automatik führt zwar dazu, daß auch Preismitteilungen gemacht werden, an denen nur ein begrenztes Informationsinteresse besteht. Jeder Teilnehmer wird nämlich auch über Geschäfte mit Abnehmern informiert, die nicht zu seinem Abnehmerkreis gehören. Insoweit kommt auch der Gesichtspunkt der Verhinderung der Käuferlüge nur begrenzt zum Tragen.

Unrichtig ist jedoch, daß eine solche Ausgestal-

tungsform zur Erstarrung des Wettbewerbs führen muß. Der Verfasser konnte im Gegenteil feststellen, daß derartige automatisch erteilte Informationen den Markt erheblich beunruhigen, da der Lieferant A seinem Kunden X denselben Sonderpreis einzuräumen pflegt, wie den, den der Lieferant B seinem Abnehmer Y gewährte. Hätte keine automatische Information vorgelegen, hätte er also diesen Preis überhaupt nicht erfahren, so hätte er auch bei seinem Abnehmer nicht reagiert. In solchen Industriezweigen wird vielfach der Wunsch geäußert, die Automatik wieder abzuschaffen, um dem Markt mehr Ruhe zu geben. Man muß sich jedoch darüber im Klaren sein, daß damit nichts anderes erreicht werden soll, als die Verminderung der wechselseitigen Beeinflussung.

3. Informationen im Oligopol

Die Handhabung eines Informationsaustausches auf oligopolistischen Märkten rechtfertigt keine andere Beurteilung unter Berücksichtigung des Empfehlungsverbotes des § 38 Abs.2, Satz 2 GWB, da es schlechterdings nicht zu begründen ist, wieso Mitteilungen dadurch Empfehlungscharakter annehmen sollen, daß die Wettbewerber aus Furcht vor Kampfreaktionen keine Wettbewerbs-handlungen vornehmen, sofern sie offenkundig werden. Erfolgt keine Änderung eines Aktionsparameters, entsprechend dem angeblichen Marktmechanismus im Oligopol mit Markttransparenz, so liegt auch keine Mitteilung vor, die als Empfehlung gewertet werden kann. Erfolgen trotzdem Mitteilungen, so ist damit offenkundig, daß der Wettbewerber sich von den angeblich unausweislichen Oligopolmechanismen nicht hat beeindrucken

lassen, daß er also entweder eine Kampfreaktion nicht fürchtete, oder sie in Kauf nahm.

Demgemäß wird auch von Gegnern des Preisinformationsaustausches in Oligopolen vorwiegend § 1 GWB in Verbindung mit § 38 Abs.1, Satz 1 GWB herangezogen. Lediglich PICKEL glaubt beide Bestimmungen nebeneinander anwenden zu können, muß sich damit aber, wie oben bereits gezeigt, in unlösbare Widersprüche verwickeln.

4. Zusammenfassung

Zusammenfassend ist damit festzustellen, daß reine Marktinformationen, die aufgrund eines Informationsaustauschvertrages vermittelt werden, keine Empfehlungen im Sinne des § 38 Abs.2 Satz 2 GWB sein können. Auch wenn die Tatsachenteilungen zu gleichförmigem Verhalten führen, rechtfertigt sich keine andere Beurteilung.

Lediglich zur Klarstellung sei abschließend noch bemerkt, daß eventuell neben dem Informationsaustausch bestehende weitere wettbewerbsbeschränkende Absprachen selbstverständlich gesetzwidrig sind. Sicher wird gegen das Empfehlungsverbot verstoßen, wenn ein Preisführer mit oder ohne Druck die Empfehlung zum Ausdruck bringt, daß die anderen ihm folgen oder ihn nicht unterbieten. Sicher ist die Vereinbarung unzulässig, fremde Preise -sei es Durchschnittspreise einer Statistik, sei es Preise eines Preisführers- zu übernehmen. Sicher ist es ferner unzulässig, Wettbewerbsabsprachen zu treffen, und sie durch ein Informationsverfahren kontrollieren zu lassen. Ist diese Kontrolle alleiniger Zweck des

Informationsverfahrens, so kann die Tatsache seines Bestehens auch nicht unberücksichtigt bleiben. Bei der Festsetzung der Höhe des Bußgeldes kommt es sicher auch auf die aufgewandte wettbewerbesbeschränkende Energie an. Bei der Prüfung dieser Frage, kann das Bestehen eines besonderen Kontrollinstrumentes bußgelderhöhend berücksichtigt werden. Das ändert aber nichts daran, daß die Durchführung des Informationsverfahrens selbst nicht bußgeldpflichtig macht. Es ist lediglich gesetzmäßiges Werkzeug zum gesetzwidrigen Zweck.

Nach Auffassung des Verfassers sind den Kartellbehörden ausreichende Mittel an die Hand gegeben, Wettbewerbesbeschränkungen zu bekämpfen. Bei den weitgehenden Auskunftsrechten der Kartellbehörden bedarf es hierzu auch nicht einer 'Legalisierung der Marktinformation' durch Registrierung als Wettbewerbsregel. Nach diesseitiger Auffassung ist es, namentlich beim Vorliegen eines umfassenden Informationsaustausches, für die Kartellbehörde ein leichtes, eventuell bestehende Absprachen nachzuweisen. Vielleicht bedarf es hierzu etwas mehr, als lediglich die durch ein Universitätsstudium vermittelbare Theorienkenntnis. Die Erfahrungen der Mitglieder einer Behörde, die tagtäglich mit der Praxis der Wirtschaft zu tun haben, dürften für einen solchen Nachweis ausreichen.

Abschließend sei auch noch auf den ideologischen Aspekt des GWB verwiesen, der vielfach als Korrelat zur politischen Demokratie im Bereich der Wirtschaft bezeichnet und vom Persönlichkeitsschutz her gesehen, als Ausfluss des Rechts

auf freie Entfaltung der Persönlichkeit betrachtet wird. Freiheit ist aber nichts anderes als das Vermögen, unter allen Umständen das Vernünftige zu tun ¹⁾. Für die Erkenntnis des Vernünftigen ist aber Wissen, und zwar konkretes Wissen im Einzelfall erforderlich. Die Vorenthaltung von Wissen ist ein besonders markantes Kriterium des totalitären Staates. Nur dem enthält man Wissen vor, den man unfrei halten will. Das gilt für Polypolisten wie für Oligopolisten.

1) GOETHE, zitiert nach SCHMIDT, "Philosophisches Wörterbuch", 9. Auflage 1934, Stichwort: "Freiheit". Vgl. auch Kant: "Freiheit ist Kausalität der Vernunft in Bestimmung des Willens, wobei Ideen bestimmende Ursachen werden."

T A B E L L E I

Beispiele, zitiert nach Manuskript KRAHE, , Marktinformation in Theorie und Praxis
Entwicklung des durchschnittlichen Nettoerlöses je Wareneinheit

Indexrechnung

(Basis: Erstes Jahr der Marktinformation = 100 %)

Firmen- kreis:	A Gesamt	Haupt- type	B	C	D	E	F	G	H	I
1952	100,0	100,0						100,0		100,0
1953	102,7	101,1	100,0					84,7		93,7
1954	102,7	100,5	104,0					74,4	100,0	
1955	103,8	100,5	101,0					68,5	99,8	90,3
1956	101,1	96,0	104,3					66,0	100,4	94,0
1957	100,5	95,1	107,6					64,5	98,8	89,4
1958	100,0	93,9	107,1	100,0	97,1	88,3	101,7	61,6	98,3	87,6
1959	102,2	96,1	108,8	95,5	96,2	84,7	101,1	57,1	95,9	84,3
1960	104,9	98,3	116,6	94,5	94,3	84,0	101,7	55,7	94,4	83,3
1961	97,8	91,2	114,0	93,2	92,4	90,3	101,7	54,7	94,4	85,5
1962						77,4	97,2	55,7	91,8	80,1

T A B E L L E II

Daß auch kein übereinstimmendes Preisbild vorliegt, beweisen die nachfolgend ausgeführten Preisspannen zu den Beispielen der Firmenkreise B, E, I, für welche entsprechende statistische Auswertungen vorhanden sind.

(Basis: Durchschnittspreis je Wareneinheit = 100 %)

Firmen- kreis	B		E		I	
	Jahr	von	bis	von	bis	bis
1953					85,3	134,6
1954		80,1	133,0		90,0	143,6
1955		81,4	141,4		91,6	148,9
1956		85,1	121,4		85,5	128,3
1957		85,1	110,6	81,0	83,6	141,8
1958		84,4	165,3	84,3	82,0	146,5
1959		84,6	165,8	88,8	80,3	130,5
1960		77,5	200,3	87,0	80,0	184,4
1961		73,9	200,0	87,3	76,5	164,7
1962		73,4	150,8	85,4	52,7	178,4

Verfahren	Preisindex der Produkte			Zum Vergleich: Index der Investitionsgüter- industrie (Beginn des Marktinformationsver- fahrens = 100 %)	Preisspanne der Produkte (β -Preis Januar 1964 = 100 %)
	Marktinformationsverfahren		Index- Stand 1963		
	Beginn =100 %	Laufzeit			
1	1953	11 Jahre	85,1 %	Stand 1963	Stand Januar 1964
2	1953	11 Jahre	91,0 %		165,1 % - 80,5 %
3	1954	10 Jahre	87,3 %		192,2 % - 91,1 %
4	1954	10 Jahre	105,4 %	113,8 %	146,8 % - 80,8 %
5	1954	10 Jahre	107,7 %		118,9 % - 74,0 %
6	1958	6 Jahre	93,4 %		169,2 % - 77,5 %
7	1958	6 Jahre	96,8 %	107,3 %	163,9 % - 75,5 %
8	1958	6 Jahre	100,4 %		127,0 % - 96,1 %
9	1958	6 Jahre	81,1 %		158,7 % - 85,9 %
10	1958	6 Jahre	92,0 %	106,6 %	245,0 % - 84,4 %
11	1958	6 Jahre	92,2 %		152,0 % - 90,0 %
12	1960	4 Jahre	98,6 %		199,5 % - 86,3 %
13	1961	3 Jahre	90,1 %	103,6 %	189,0 % - 89,3 %
14	1961	3 Jahre	101,8 %		111,1 % - 95,6 %
15	1961	3 Jahre	105,1 %		123,3 % - 95,6 %
16	1961	3 Jahre	88,6 %	100,5 %	149,6 % - 83,4 %
17	1961	3 Jahre	69,6 %		118,7 % - 69,2 %
18	1961	3 Jahre	98,2 %		211,7 % - 44,2 %
19	1962	2 Jahre	92,3 %	100,5 %	143,8 % - 49,4 %
20	1962	2 Jahre	100,0 %		155,8 % - 87,9 %
					166,7 % - 84,3 %

T A B E L L E IV -----

TABLE XIII OPEN VERSUS NON-OPEN PRICES

Classification relative to codes	Number of Prices	Mean percentage movement		
		Decline, 1926 (average) to February, 1933	Advance February 1933, to August 1933	Advance August, 1933, to August, 1934
Codes with waiting period	73	25,7	8,5	7,7
Codes without waiting period	84	33,1	16,7	5,4
Codes with past price reporting	24	40,2	55,7	- 0,51
All open-price codes	181	31,1	18,5	4,9
Other codes	130	39,8	35,2	0,5
Prices not under approved codes	52	40,0	23,3	8,2
All nonagricultural prices	707	36,3	13,0	8,1

T A B E L L E V

Konkurse in der Bundesrepublik Deutschland
in den Jahren 1950 bis 1963

Jahr	1950	51	52	53	54	55	56	57	58	59	60	61	62*	63*
Zahl der Firmen (Monatsdurchschnitt)	455	453	408	417	422	358	329	312	274	232	230	218	219	243
Verluste der Gläubiger (Jahressummen, Mill. DM)	211	239	268	374	484	364	371	359	297	252	276	322		

(* 1. Halbjahr)

Lebenslauf

Am 6.7.1931 wurde ich als Sohn des Rechtsanwalts Dr. Hans Krieger und seiner Ehefrau Irmgard, geb. Beck in Düsseldorf geboren.

Von 1937 bis 1941 besuchte ich die Volksschule, danach das Hindenburg-Gymnasium (heute Humboldt-Gymnasium) in Düsseldorf, an dem ich im Mai 1952 die Reifeprüfung ablegte.

Vom Sommersemester 1952 bis zum Sommersemester 1955 studierte ich Rechtswissenschaften an den Universitäten Bonn und Köln. Am 7.12.1955 bestand ich vor dem Justizprüfungsamt bei dem Oberlandesgericht in Düsseldorf die erste juristische Staatsprüfung.

Den juristischen Vorbereitungsdienst absolvierte ich im Bezirk des Oberlandesgerichts Düsseldorf. Hier legte ich am 18.12.1959 die zweite Staatsprüfung ab.

Am 10.5.1961 wurde ich als Rechtsanwalt bei dem Amts- und Landgericht in Düsseldorf zugelassen; seit dem 30.6.1963 übe ich den Anwaltsberuf selbstständig aus.

Die mündliche Doktorprüfung fand am 26.7.1963 statt.

